

Det offentligrettslige- og det privatrettslige ansvaret i byggesaken, noen problemstillinger



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 649
Leveringsfrist: 26.04.2011
Til sammen 16740* ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon og problemstilling	1
1.2	Rettskildebildet	2
1.3	Entrepriseformene	5
1.4	Avgrensninger	6
<u>2</u>	<u>GANGEN I EN BYGGESAK</u>	<u>6</u>
2.1	Tilbudsgrunnlaget og byggherrens prosjektering før kontrahering	6
2.1.1	NS 8405 og NS 8407	7
2.2	Tilbud og kontrahering	7
2.2.1	NS 8405 og NS 8407	7
2.2.2	Kontrakten	8
2.3	Rollefordelinger og ansvarsrett	9
2.3.1	Generelt	9
2.3.2	Tiltakshaver § 23-2	9
2.3.3	Ansvarlig søker § 23-4	11
2.3.4	Ansvarlig prosjekterende § 23-5	12
2.3.5	Ansvarlig utførende § 23-6	14
2.3.6	Ansvarlig kontrollerende § 23-7	17
2.4	Rammetillatelse § 21-4 jf SAK10 §§ 6-4, 5-4	17
2.4.1	Generelt	17
2.4.2	Rammetillatelsen	18
2.5	Igangsettingstillatelse	20
2.6	Overlevering, midlertidig brukstillatelse og ferdigattest	20

2.6.1	Generelt	20
2.6.2	Avslutning av byggesaken i Pbl	21
2.6.3	Ferdigattest	21
2.6.4	Sluttdokumentasjon	22
2.6.5	Midlertidig brukstillatelse	23
2.6.6	Avslutning av kontraktsarbeide etter NS 8405	25
2.6.7	Generelt	25
3	<u>ANSVARET I BYGGESAKEN</u>	30
3.1	Generelt	30
3.2	Ansaret i Pbl § 23-1	31
3.3	Sanksjoner	35
3.3.1	Generelt	35
3.3.2	Pålegg om retting og pålegg om stans Pbl § 32-3	36
3.3.3	Tilbaketrekking av sentral godkjenning for ansvarsrett Pbl § 22-2	37
3.3.4	Tilbaketrekking av lokal godkjenning for ansvarsrett Pbl § 22-4	39
3.4	Ansaret i NS 8405	40
3.5	Ansaret i NS 8407	41
4	<u>OPPSTART</u>	42
5	<u>ENDRING AV KONTRAKTSARBEIDET ETTER RAMMETILLATELSE</u>	42
5.1	Byggherrens endringskompetanse og entreprenørens utførelsesplikt	42
5.1.1	Generelt	42
5.1.2	utførelsesplikten	44
5.1.3	Unntak fra utførelsesplikten	44
5.2	Pbl	45
5.3	Forholdet til rammetillatelsen; entreprenørens undersøkelsesplikt	46
5.3.1	NS 8405	47

5.3.2	NS 8407	48
<u>6</u>	<u>ENDRINGER SOM FØLGE AV PÅLEGG FRA OFFENTLIG MYNDIGHET</u>	<u>48</u>
6.1.1	Generelt	48
6.1.2	Har den ansvarlig utførende en utførelsesplikt ved offentligrettslig pålegg etter Pbl § 32-3?	50
6.2	Entreprenørens adgang til å rette, etter at et pålegg nektes utført av byggherren	52
6.2.1	Pålegg om endring før utførelse	53
6.2.2	Pålegg om endring etter utførelse	54
6.2.3	Varslingsplikt	56
6.3	Klage på vedtak om retting/pålegg	56
6.4	Pålegg ved tiltakshavers insolvens	58
<u>7</u>	<u>REKLAMASJONS OG PÅLEGGSSFRISTER</u>	<u>59</u>
7.1	Generelt	59
7.2	Foreligger det en utvidet påleggsfrist?	62
7.2.1	Ordinær overlevering	62
7.2.2	Delovertakelse	63
7.2.3	Tilbaketrekning av ferdigattest	65
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE OG KILDER</u>	<u>67</u>
<u>9</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon og problemstilling

Formålet med denne avhandlingen er å belyse hvor det kan oppstå problemer mellom de offentligrettslige og de privatrettslige ansvarsreglene i en byggesak.

Ved byggesaksreformen av 1995 ble det innført regler om ansvar og kontroll. For å gjennomføre dette ble det samtidig innført regler om godkjenning av foretak. Dette skulle sørge for at kvaliteten på yrkesutøverne var tilstrekkelig god og tilpasset det enkelte byggeprosjekt.

Hovedreglen ble at det skulle gis en lokal godkjenning for ansvarsrett, noe kommunen utsteder etter søknad i det enkelte prosjekt. Det ble samtidig innført en prekvalifisering av foretak, sentral godkjenning. Dette er en i utgangspunktet en frivillig godkjenning med ett unntak, nemlig ansvarlig kontrollerende foretak.

Utgangspunktet med lovendringen i 1997 i 1985-loven var at ansvaret skulle legges der feilene og manglene kunne oppstå. Det ble i den forbindelse innført regler om en privatisert egenkontroll, men dette har vist seg ikke å fungere tilfredsstillende.

Grunnen til at reglene skal skjerpes, er de store miljømessige og økonomiske omkostningene som byggefeil får for samfunnet hvert år. Byggefeil koster anslagsvis samfunnet ca. 12-15 milliarder kroner pr år.¹

De offentligrettslige ansvarsreglene finner vi i plan- og bygningsloven.

¹ Ot.prp.nr. 45 (2007-2008) side 13

Ved innføringen av denne loven var intensjonen fra lovutvalget at det skulle innføres klarere regler ved kontroll og ansvar enn etter loven av 1985.²

En annen intensjon var å gjøre reglene på enkelte områder mer sammenfallende med standardkontraktene, da spesielt innenfor reklamasjon/påleggsfrister.

Hvorvidt dette har blitt tilstrekkelig ivaretatt, vil jeg behandle i oppgaven.

Standardkontraktene regulerer forholdet mellom byggherren og entreprenøren i en byggesak. Pbl regulerer forholdet mellom offentlig myndighet og aktørene i byggesaken og det fremgår av lovens formål at ”byggesaksbehandlingen etter loven skal sikre at tiltak blir i samsvar med lov, forskrift og planvedtak. Det enkelte tiltak skal utføres forsvarlig”³.

Der det skulle oppstå motstrid mellom standard kontraktene og plan og bygningsloven vil i imidlertid det klare utgangspunkt være at det offentligrettslige ansvaret skal legges til grunn.⁴

1.2 Rettskildebildet

Lovgivningen

Det offentligrettslige ansvaret reguleres av Lov om planlegging og byggesaksbehandlingen av 27. juni 2008 nr. 71 (plan- og bygningsloven heretter Pbl). I denne avhandlingen er det kun byggesaksdelen som vil bli behandlet.

² Nou 2005: 12 side 51

³ Pbl § 1-1 tredje ledd

⁴ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 695

Forskrifter

I denne oppgaven vil byggesaksforskriften (SAK10) med tilhørende veiledning fra Statens byggt tekniske etat bli brukt sammen med loven der det er behov for en nærmere presisering.

Standardkontrakter

På den kontraktsrettslige siden vil jeg behandle reglene i Standard Norges kontrakter, da spesielt NS 8405 (utførelsesentreprisekontrakter) og NS 8407 (totalentreprisekontrakter). NS 8407 skal ta over for NS 3431 i løpet av 2011. For enkelthets skyld vil jeg bare behandle NS 8405 og NS 8407 der reglene fraviker hverandre på vesentlige punkter.

Forarbeider

Bygningslovutvalget ble oppnevnt av Kongen i statsråd den 15 mars 2002. Dette resulterte i NOU 2003:24 Mer effektiv bygningslovgivning og NOU 2005: 12 Mer effektiv bygningslovgivning II.

De to delutredningene ble fulgt opp av Ot.prp. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen).

Denne proposisjonen ble videre fulgt opp av Innst. O. nr. 50 (2008-2009)

Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om endringer i lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen).

Også eldre forarbeider vil ha relevans der reglene kun er en videreføring av tidligere rett.

Rettspraksis

Det foreligger en rekke avgjørelser innen entrepriseretten, og rettspraksis vil således være en tungtveiende rettskilde. Men de er som oftest av en forholdsvis konkret art og vil således ofte ikke avgjøre generelle spørsmål.

Rettspraksis fra Pbl vil være av en mer generell karakter og er således en meget relevant kilde.

Juridisk teori

Pbl er nyrevidert og noen av bestemmelsene er nye, dermed får juridisk teori en mer fremtredende rolle sammen med forarbeidene.

Ved kontraktsstandardene vil juridisk teori ha en viss vekt, da gjerne i samspill med rettsavgjørelser på området.

Reelle hensyn

Med ”reelle hensyn” menes vurderinger av resultatets godhet. Med resultatets godhet menes delvis hvorvidt den generelle regel man kommer frem til er innholdsmessig og retts teknisk heldig i alminnelighet, og dels hvorvidt løsningen i det enkelte tilfellet man står ovenfor er god.⁵

På obligasjonsrettens område har reelle hensyn en sentral rolle. Ofte må det foretas en bred og skjønnsmessig vurdering, basert på rimelighetsbetraktninger av rettsanvenderen.

Internettsider

www.be.no er Statens byggt tekniske etats nettsider, som også er en relevant rettskilde. Dette gjelder både for veiledning til SAK10, samt tidligere veiledninger og høringsuttalelser.

⁵ Eckhoff/Helgesen (2000) side 371

1.3 Entrepriseformene

Det finnes flere forskjellige entrepriserformer. De to mest vanlige er utførelsesentreprise og totalentreprise. Med en totalentreprise menes at entreprenøren skal forestå både prosjektering og utførelse. En beskrivelse fra byggherren vil kunne være av varierende art, for eksempel at byggherren angir hva slags funksjon et bygg skal ha. Standardvilkårene for totalentrepriser er i skrivende stund NS 3431, men i den videre fremstilling vil jeg bruke utkast til ny standard NS 8407.

En utførelsesentreprise er en entrepriserform der prosjekteringsansvaret ligger hos byggherren. Avtaler og kontrakter med for eksempel arkitekter og andre prosjekterende inngås mellom disse og byggherren. Entreprenøren skal i utgangspunktet utføre de arbeider som er detaljbeskrevet. NS 8405, som regulerer utførelsesentrepriser, har dog et unntak til byggherrens prosjektering i pkt 13.1 men det forandrer ikke entrepriserformen.

En annen entrepriserform er hovedentreprise. Den karakteriseres ved at hovedentreprenøren delvis har underentreprenører som utfører arbeidet.

En generalentreprise er en form der entreprenøren skal stå for all utførelse.

En annen form er sideentrepriser eller delte entrepriser. Her vil ofte byggherren stå for koordineringen av arbeidet ved for eksempel en byggeleder etc., men det kan også skje ved at en av sideentreprenørene får ansvaret for administrasjonen, administrerende sideentreprenør. De forskjellige entrepriserformene kan også virke sammen:

”Organiseringen av entreprisene i sideentrepriser, administrerende sideentrepriser, hovedentrepriser/underentrepriser kan i prinsippet skje både for ordinære utførelsesentrepriser og for totalentrepriser. Generalentreprisen forekommer normalt ved ordinære utførelsesentrepriser, men kan også gjelde totalentrepriser”.⁶

⁶ Kolrud mfl. ”NS 8405 Kommentirutgave” side 29

1.4 Avgrensninger

Det som videre vil bli behandlet, er i hovedsak hvordan offentligrettslige ansvarsregler får innvirkning på ansvaret etter standardkontrakten. Jeg vil konsentrere oppgaven om reglene i NS 8405 og NS 8407, samt reglene i Pbl med forskrifter, SAK10.

Det vil avgrenses mot sanksjonsbestemmelsene i Pbl Kap 32 med unntak for §§ 32-1, 32-2 og 32-3.

Da oppgaven spenner over et relativt stort tema, vil det være nødvendig med fortløpende avgrensninger der dette er hensiktsmessig.

I den videre fremstillingen vil jeg først gjøre rede for gangen i en byggesak, der jeg vil følge gangen i et byggeprosjekt fra start til slutten av reklamasjonstiden. Deretter vil jeg gjøre rede for ansvaret i plan- og bygningsloven, og standardkontraktene. Deretter vil den videre fremstillingen ha to vinklinger; for det første tiltakets tidsakse, og for det andre vil jeg behandle fortløpende tiltakets organisering. På denne måten vil jeg belyse problemstillinger som vil reise seg i kjølvannet av at reglene ikke er i samsvar med de kontraktsrettslige regler om ansvar eller fraværet av slike regler, og de offentligrettslige regler.

2 Gangen i en byggesak

2.1 Tilbudsgrunnlaget og byggherrens prosjektering før kontrahering

2.1.1 NS 8405 og NS 8407

I en utførelsesentreprise vil byggherren i utgangspunktet stå for prosjekteringen. Hvis entreprenøren skal stå for deler av prosjekteringen, skal dette avtales særskilt, eller det skal fremgå av beskrivelsen eller kontraktsdokumentet jf pkt 13.1

I en totalentreprise er det totalentreprenøren som skal stå for prosjekteringen. Byggherren fremsetter en funksjonsbeskrivelse, for eksempel et lagerbygg. Totalentreprenøren skal da prosjektere og bygge et bygg som tilfredsstiller byggherrens funksjonskrav.

2.2 Tilbud og kontrahering

2.2.1 NS 8405 og NS 8407

Når anbudsgrunnlaget er klart, sendes dette til utvalgte entreprenører, eller det utlyses i tidsskrift etc. På bakgrunn av de innkommende anbud vil som oftest byggherren innkalle to til tre av anbudsgiverne til kontraheringsmøte. I et kontraheringsmøte vil som regel partene prøve å fastsette kontraktsforutsetningene ytterligere, for eksempel å låse masser etc. Når det foreligger enighet mellom den valgte entreprenør og byggherre, vil det skrives en kontrakt på bakgrunn av anbudet og hva man ble enige om på kontraheringsmøtet.

Anbudsgrunnlaget i en totalentreprise vil variere, men som regel vil den være mindre detaljert enn et anbudsgrunnlag etter en utførelsesentreprise. Grunnlaget kan som nevnt over bare bestå av en skisse og/eller en funksjonsbeskrivelse. Grunnen til dette er at det er totalentreprenøren som skal forestå prosjekteringen.

Men det kan også være at byggherren ber om anbud basert på en fast kvadratmeterpris ferdig bygg innenfor gitte rammer ut ifra byggets ønskede funksjonalitet. Når anbud er innhentet, vil byggherren innkalle de billigste med best funksjonalitet til videre kontraheringsforhandlinger. Når partene er blitt enige, vil det bli skrevet en kontrakt på

bakgrunn av anbudet og møtereferatet fra kontraheringsmøte. I denne fasen er det viktig å spesifisere hva som skal inngå i anbudssummen. Dette vil hjelpe partene til å komme til enighet hvis det skulle oppstå spørsmål om endringer.

2.2.2 Kontrakten

Ansvaret mellom det ansvarlige foretak og tiltakshaver er basert på kontrakt mellom partene, mens ansvaret etter Pbl er fastsatt i loven. Dette får den konsekvens at det ansvarlige foretak kan få pålegg direkte fra kommunen uten at kommunen må gå veien om tiltakshaver. Således kan et ansvarlig foretak ikke undra seg ansvaret etter Pbl ved å hevde at forholdet ikke er omfattet av kontrakten med tiltakshaver. Dette kan få store økonomiske konsekvenser partene imellom, men dette vedkommer ikke kommunen. Det økonomiske misforholdet som kan oppstå, bør partene ha fastsatt i kontrakt.⁷

For at standard avtalene skal kunne komme til anvendelse mellom partene, er det en forutsetning at det er vist til disse i kontrakten eller anbudsdokumentene.⁸ Hvis det ikke er nevnt verken i anbuds- eller kontraktsdokumentene, vil man ikke anse forholdet å ligge under standardavtalene.

Det følger av forarbeidene at kontrakten kan virke som et tolkningsmoment for å fastlegge rekkevidden av ansvaret etter Pbl, og tilsvarende vil ansvarsrettssøknaden kunne være et tolkningsmoment hvor ansvaret er uklart etter kontrakten.⁹

⁷ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 695-696

⁸ Jf Rt 1991 side 773

⁹ Ot.prp. nr.45. (2007-2008) side 121

2.3 Rollefordelinger og ansvarsrett

2.3.1 Generelt

Ansaret i Pbl er delt opp i fire funksjoner og tre tiltaksklasser. Tiltakshaver vil også inneha et ansvar, selv om han ikke er en del av de fire funksjoner. Med funksjoner er ment de som direkte er involvert i den faktiske utføringen av byggesaken. Tiltaksklassene er delt inn i den vannsklighetsgrad og de sikkerhetskrav som bygget krever, der tiltaksklasse 1 er den laveste og 3 den høyeste.

Sentral godkjenning gjør at kommunen kan behandle søknad om lokal godkjenning raskere, og søknadsprosessen blir enklere og billigere. Forskjellen mellom sentral og lokal godkjenning er presisert i forarbeidene til loven:

” Forskjellen på sentral og lokal godkjenning er at ved søknad om sentral godkjenning vurderes kvalifikasjoner og vilkår generelt, mens ved søknad om lokal godkjenning vurderes kvalifikasjonene opp mot det konkrete prosjektet det søkes ansvarsrett for”.¹⁰

2.3.2 Tiltakshaver § 23-2

Generelt

En tiltakshaver kan være en eier, leier en fester eller en med rett til å iverksette et tiltak på eiendommen. I den videre fremstilling vil tiltakshaver også omfatte byggherre.

§ 23-2 må leses i nær sammenheng med byggesaksforskriften § 12-1, som presiserer tiltakshavers ansvar.

¹⁰ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 126

Første ledd første pkt er en legal definisjon av ”tiltakshaver”. Det følger av bestemmelsen at det både kan være en person eller foretak som tiltaket utføres på vegne av.

Forarbeidene presiserer at tiltakshaver i motsetning til ansvarlige foretak ikke trenger godkjenning av kommunen. Men hvis tiltakshaver er et foretak og skal stå for utførelsen, må det søke ansvarsrett etter de gjeldende regler.¹¹

Det følger av § 23-8 jf SAK10 §§ 6-8, 9-2 fjerde ledd og 12-1 tredje ledd at en person som er tiltakshaver, kan godkjennes for ansvarsrett som selvbygger. Han blir således ansvarlig for den del av tiltaket hvor det ikke benyttes ansvarlige foretak.

Det følger av andre pkt at ved skifte av tiltakshaver skal både den opprinnelige og den nye tiltakshaver straks varsle kommunen.

”Gjennomføringen” kan forstås som at det kun er meldeplikt ved skifte av tiltakshaver under selve utførelsen. Men det følger av forarbeidene til Pbl (1985), som hadde en tilsvarende bestemmelse, at med ”gjennomføringen” skal det i tillegg forstås at det er meldeplikt også under prosjekteringen.¹²

Grunnen til at både av- og påtroppende tiltakshaver skal melde om skifte, er at man da får synliggjort ansvaret som påtroppende tiltakshaver påtar seg overfor kommunen.¹³

Eierskifte er ikke meldepliktig hvis eiendommen som tiltaket gjelder, skifter eier. Men tiltakshaver forblir den samme.¹⁴

Hvis derimot tiltakshaver og eier er samme person/foretak, foreligger det en meldeplikt etter bestemmelsen.

¹¹ Ot.prp. nr.45. (2007-2008) side 119 og 329

¹² Ot.prp. nr. 39. (1993-1994) side 206

¹³ Ot.prp. nr. 39. (1993-1994) side 206

¹⁴ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 119

2.3.3 Ansvarlig søker § 23-4

Generelt

Bestemmelsen er en videreføring og forenkling av den tidligere bestemmelse i Pbl (1985) § 93 litra b. Bestemmelsen må leses i nær sammenheng med byggesaksforskriften § 12-2. I forskriften presiseres ansvaret til ansvarlig søker i punktene a-m, fremstillingen her vil kun ta for seg de relevante punktene for oppgavens kjerneområde. Ansvarlig søker vil kunne være arkitekt, prosjekteringsforetak, et byggelederforetak eller en entreprenør.

Bestemmelsen gjelder kun der det er et ansvarlig foretak, jf ordene ”ansvarlig søker”, og gjelder således ikke der tiltakshaver har ansvaret alene; ”selvbyggeransvaret”.

I motsetning til de andre ansvarsrettene kan det ikke være mer enn én ansvarlig søker på et gitt tidspunkt i tiltaket. Dette innebærer at det ikke kan være parallelle søkerfunksjoner på samme tid, men søkerfunksjonen kan deles opp i en tidsakse, for eksempel at det er en søker for prosjekteringen og en annen for utførelse etc.¹⁵

Av første ledd følger det at ansvarlig søker skal virke som bindeleddet mellom tiltakshaver og kommunen, og innehar således en koordineringsfunksjon. Han har videre ansvaret for at søknaden inneholder ”nødvendige opplysninger”. Det følger av byggesaksforskriften § 12-2 litra c at søknaden skal inneholde alle nødvendige opplysninger for å vise at tiltaket oppfyller at alle krav gitt i eller i medhold av loven er oppfylt jf byggesaksforskriften § 5-4.

Av forarbeidene følger det at ansvarlig søker videre er ansvarlig for at det foreligger ansvarsdekning på alle områder av tiltaket. Det er tiltakshaver som er ansvarlig for at det inngås kontrakter med profesjonelle foretak, men det er ansvarlig søker som skal gi en oversikt til kommunen om ansvarsfordelingen som en del av søknadsdokumentasjonen.¹⁶

¹⁵ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 707

¹⁶ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 122

Ansvaret til ansvarlig søker er begrenset til ansvarsbelegningen og han har således ikke noe ansvar for innholdet i dokumentasjonen eller i oppgavene.¹⁷

Det følger videre av andre ledd at det er ansvarlig søkers oppgave å samordne de ansvarlige for prosjektering, utføring og kontrollfunksjonene. Denne tverrfaglige koordineringen gjelder i hele gjennomføringsperioden, helt frem til ferdigattest.¹⁸

Virkningen av koordineringsfunksjonen innebærer at kommunen kan henvende seg til ansvarlig søker hvis de finner at deler av tiltaket mangler ansvar. Det følger av byggesaksforskriften § 12-2 litra h at ansvarlig søker skal motta og formidle tillatelser, søke om søknadspliktige endringer i tiltaket, og han kan også være mottaker av pålegg, som skal videreformidles til de ansvarlige. Men han er ikke ansvarlig for gjennomføringen av et slikt pålegg.¹⁹

Det følger av byggesaksforskriften § 12-2 litra g at det påligger ansvarlig søker å samordne de ansvarlige foretak, der dette ikke er inntatt i gjennomføringsplanen eller ansvarsrettssøknadene. Men det følger videre av byggesaksforskriften §§ 12-3 (e), 12-4 (f) og 12-5 (e) at alle ansvarlige foretak har et selvstendig koordineringsansvar for grensesnittet til de andre ansvarlige foretak innenfor samme funksjon.

2.3.4 Ansvarlig prosjekterende § 23-5

¹⁷ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 330

¹⁸ Ot.prp. nr 45. (2007-2008) side 121

¹⁹ Høringsnotat til byggesaksforskriften av 23. Juni. 2009. Side 85

Generelt

Bestemmelsen suppleres av byggesaksforskriften § 12-3 og er en videreføring og forenkling av Pbl (1985) § 93b. Ansvarlig prosjekterende vil kunne være for eksempel arkitekt, statiker eller et prosjekteringsfirma.

Første ledd første pkt fastslår at ansvarlig prosjekterende har ansvaret for at tiltaket prosjekteres i samsvar med krav gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven.

SAK10 § 12-3 litra a presiserer at ansvarlig prosjekterende har ansvar for at prosjekteringen dokumenteres og kvalitetssikres, og den skal være et fullstendig grunnlag for utførelsen av det prosjekterte. Dette innebærer at den ansvarlig utførende ikke skal innestå for noen prosjektering. Med prosjekteringen menes her de prosjekterte løsninger.²⁰

Av forarbeidene følger det at mange av de krav som det prosjekteres etter, er funksjonsbasert. Dette innebærer at det vil være nødvendig med en god dokumentasjon av hvilke forutsetninger som er lagt til grunn for prosjekteringen og hvorfor de løsninger man har valgt, anses for å være tilfredsstillende. Dette er nødvendig for at man skal ha et grunnlag for kontroll og tilsyn jf Pbl Kap 24.²¹

Resultatet av prosjekteringen kan for eksempel være beskrivelser av det prosjekterte og beregninger, tegninger etc.²²

Etter SAK10 § 12-3 litra b har den ansvarlige prosjekterende ansvar for å utarbeide en situasjonsplan. Dette ansvar innebærer at han får en undersøkelsesplikt til å påse at situasjonsplanen fra kommunen gir grunnlag for en korrekt plassering av tiltaket på situasjonsplanen.

Den ansvarlig prosjekterendes ansvar gjelder innenfor den tildelte ansvarsrett jf Pbl 23-5 første ledd, og kan således deles opp i flere ansvarsområder. Dette kan for eksempel være

²⁰ www.be.no veiledning til SAK10 §12-3

²¹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 330

²² Innjord "Plan og bygningsloven med kommentarer" side 712

der deler av prosjekteringen pålegges entreprenøren etter NS 8405 pkt 13.1, og her vil entreprenøren ha et eget prosjekteringsansvar innenfor sitt eget definerte område.²³

Hvis prosjekteringsansvaret blir oppdelt, skal rekkevidden av ansvarsretten fremgå av både gjennomføringsplanen og ansvarsrettsøknaden. De forskjellige prosjekterende er også selv ansvarlig for å koordinere rekkevidden av sitt eget ansvar jf SAK10 § 12-3 litra e, dette for å ivareta at alle krav gitt i eller i medhold av plan og bygningsloven blir fulgt. Dette vil stille krav til den ansvarlig prosjekterendes egenkontroll jf SAK10 Kap 10. En slik egenkontroll skal også ivareta nødvendig tverrfaglighet.²⁴

Etter SAK10 § 12-3 litra h foreligger det en meldeplikt for ansvarlig prosjekterende overfor ansvarlig søker dersom det foreligger endringer i prosjekteringen som vil medføre søknadsplikt eller endringer i ansvarsforhold. En slik endring kan for eksempel være at det prosjekteres utenfor den gitte ramme-/igangsettingstillatelse. Den ansvarlige søker skal da vurdere hvorvidt det er nødvendig med en endringssøknad eller ikke.²⁵

Den ansvarlig prosjekterende har også ansvaret for at det overleveres en fullstendig FDV-rapport til ansvarlig søker jf SAK10 § 12-3 litra i.

Velger å avgrense mot andre ledd.

2.3.5 Ansvarlig utførende § 23-6

Generelt

Bestemmelsen suppleres av byggesaksforskriften § 12-4. Bestemmelsen er en forenkling og videreføring av Pbl (1985) § 98. Ansvarlig utførende vil kunne være en totalentreprenør, entreprenør eller en underentreprenør.

²³ Innjord "Plan og bygningsloven med kommentarer" side 713

²⁴ Innjord "Plan og bygningsloven med kommentarer" side 713

²⁵ Innjord "Plan og bygningsloven med kommentarer" side 713

Det følger av første ledd at den ansvarlig utførende har ansvar for at tiltaket utføres på grunnlag av og i samsvar med både prosjekteringen og krav, eller tillatelser til utførelsen gitt i eller i medhold av loven.

I byggesaksforskriften § 12-4 litra a presiseres den utførendes ansvar for å følge prosjekteringsgrunnlaget fra den ansvarlig prosjekterende, samt å kvalitetssikre utførelsen. Når det gjelder kravene, følger det av juridisk teori at:

”Krav gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven skal først og fremst ivaretas av ansvarlig prosjekterende under prosjekteringen. Ansvarlig utførende er som hovedregel ikke ansvarlig for utførelse i strid med krav gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven som skyldes feil i prosjekteringen”.²⁶

Forarbeidene presiserer at den ansvarlig utførende har ansvar for å forsikre seg om at nødvendige tillatelser er innhentet, for eksempel igangsettingstillatelse og sette seg inn i hva tillatelsene går ut på.²⁷

Ansvaret for utførelsen kan fordeles på flere foretak, slik at det kan foreligge ansvar for eksempel for flere ansvarlige foretak innen for stålarbeider etc. rekkevidden av de forskjellige ansvarsområder vil fremgå av søknadene om ansvarsrett og gjennomføringsplanen. Det er bare innenfor sitt ansvarsområde de ansvarlige foretak kan være adressat for pålegg fra bygningsmyndigheten. Det følger for eksempel av SAK10 §12-4 litra f at den ansvarlig utførende har ansvar for koordineringen av grensesnittet mot andre ansvarlig utførende. For å presisere dette koordineringsansvar, er det i SAK10 Kap 10 egne krav til foretakenes system for blant annet å ivareta grensesnittet mot andre foretak jf § 10-1 litra c.²⁸

²⁶ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 715

²⁷ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 123

²⁸ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 716

Hovedregel i første ledd om at den ansvarlig utførende ikke har ansvar for prosjekteringsfeil, modifiseres noe gjennom byggesaksforskriften § 12-4 litra g, der det følger at den ansvarlig utførende skal varsle ansvarlig søker der han ”oppdager” feil ved prosjekteringen.

En forståelse av ordlyden ”oppdager” er for eksempel at man finner en feil uten å ha undersøkt grundig eller lett etter feilen.

Den ansvarlig utførende har likevel et generelt aktsomhetsansvar som forarbeidene presiserer:

”...innebærer at dersom han ser eller burde ha sett at prosjekteringen er feil, vil han ha opplysningsplikt til ansvarlig søker eller tiltakshaver”.²⁹

Om han også har ansvar for å melde fra om forhold som han burde ha oppdaget, vil måtte bero på en konkret helhetsvurdering av hvor åpenbar og vesentlig feilen/mangelen er, og hans tilknytning til oppgaven, samt hans kvalifikasjoner.³⁰

Ut fra det overnevnte kan det legges til grunn at det foreligger en aktsomhetsplikt for ansvarlig utførende, det vil si at byggesaksforskriftens litra g må tolkes utvidende.

Således vil den ansvarlig utførende ha en opplysningsplikt overfor ansvarlig søker dersom han oppdager eller burde ha oppdaget at prosjekteringen enten er feilaktig, mangelfull eller motstridende. Momentene i høringsnotatet³¹ vil således kunne bli en del av en aktsomhetsvurdering.³²

Jeg velger å avgrense mot resten av paragrafen, da det er ansvarsforholdet mellom NS og Pbl som er relevant for oppgaven.

²⁹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 123-124

³⁰ Høringsnotat til byggesaksforskriften av 23 juni 2009 side 90

³¹ Høringsnotat til byggesaksforskriften av 23 juni 2009 side 90

³² Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 717

2.3.6 Ansvarlig kontrollerende § 23-7

Generelt

Bestemmelsene om kontroll er endret på vesentlige områder. Det som tidligere var egen kontroll, er opphevet som en egen ansvarsrettsform, men skal inngå som en del av det generelle kvalitetssikringssystem for foretakene. Kontrollbegrepet skal etter endringen kun være uavhengig kontroll.³³

Dette innebærer at det kun er den uavhengige kontrollen som omfattes av ansvaret til den ansvarlig kontrollerende.³⁴

Det er tiltakshaver som er ansvarlig for at en uavhengig kontroll bestilles, men det fremgår ikke hvem som skal dekke utgiftene til en slik kontroll.³⁵ Dette bør eventuelt reguleres i kontrakten mellom partene. Selv om det i utgangspunktet ikke er krav om uavhengig kontroll, kan kommunen kreve det jf § 24-1 litra b. Den uavhengige kontrollen vil således kunne fremstå som en kostnad som partene ikke hadde grunn til å medregne i kontrakten. Hvordan kostnadene i et slikt tilfelle skal dekkes, er usikkert.

Da uavhengig kontroll ikke er en del av standardkontraktene, og oppgaven her er å se på forholdet mellom disse og det offentligrettslige ansvaret, velger jeg å avgrense mot videre fremstilling av ansvarlig kontrollerende.

2.4 Rammetillatelse § 21-4 jf SAK10 §§ 6-4, 5-4

2.4.1 Generelt

En rammetillatelse er en tillatelse til tiltakshaver om at han har en betinget rett til å kunne gjennomføre tiltaket på det aktuelle stedet. Rammetillatelsen vil inneholde betingelsene for fortsatt prosjektering, også kontrollplanen. Dette skal legges til grunn ved den videre

³³ www.be.no rundskriv om ikraftsetting Kap. 9

³⁴ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 718

³⁵ www.be.no rundskriv om ikraftsetting Kap. 9

prosjekteringen, som skal fullføres under det neste trinn i prosessen, og som skal lede til igangsettingstillatelsen.³⁶

2.4.2 Rammetillatelsen

Byggesaksforskriften § 6-4 som er hjemlet i Pbl § 21-2 syvende ledd trekker opp grensene mellom saksbehandlingen, ramme- og igangsettingstillatelsen.

Lovens utgangspunkt er at det søkes i ett trinn, slik at ramme- og igangsettingstillatelse blir behandlet i én operasjon og at det avgjøres med en igangsettingstillatelse dersom tiltaket tilfredsstiller lovens krav.³⁷

En søknad om ramme- og igangsettingstillatelse kan deles opp jf Pbl § 21-2 femte ledd, i søknad om ramme- og igangsettingstillatelse. Dette skjer også rent praktisk i de fleste tilfeller. Kommunen kan gi rammetillatelse for forhold som ikke skal avklares før i igangsettingstillatelsen. Søknad om rammetillatelse gir tiltakshaver en avklaring på om tiltaket kan realiseres på det tiltenkte sted i henhold til arealplaner, samt andre forhold som for eksempel forhold til naboer, dette for å unngå unødige klageomganger. Også andre forhold som for eksempel utnyttelsesgrad og høyde. Slike forhold følger av § 20-1 litra a-i.

Bestemmelsene om rammetillatelsen skal avklare alle relevante forhold til omgivelsene. Det som kan stå igjen til igangsettingstillatelsen, er forhold som tiltakshaver vurderer, og som kommunen kan etterprøve ved tilsyn.³⁸

Byggesaksforskriften § 5-4 presiserer hva som skal avklares ved rammetillatelsen. Det følger av § 6-4 andre ledd at rammetillatelsen kan omfatte andre forhold.

³⁶ Pedersen mfl. ”plan og bygningsrett” side 81

³⁷ Pedersen mfl. ”plan og bygningsrett” side 80

³⁸ Høringsnotat- Forskrift om byggesak- pr. 23 juni 2009 side 50

Slike forhold kan være hvem som har fått innvilget ansvarsretter, gjerne da ansvarlig søker. Det følger av forarbeidene at selv om ansvarlig søker har fått ansvarsrett, har han ikke ansvar for prosjekteringen i forbindelse med rammetillatelsen, med mindre han uttrykkelig har påtatt seg et slikt ansvar. Hvis han har påtatt seg et slikt ansvar, skal det fremgå uttrykkelig av ansvarsrettssøknaden. Men dette gjelder kun dersom det ivaretas av egne ansvarlig prosjekterende. Han har videre ansvar for å fremskaffe den nødvendige dokumentasjon som skal vedlegges søknaden, men han har ikke ansvaret for innholdet av dokumentasjonen, med mindre han har påtatt seg dette ansvar.³⁹

Ansvarlig søker er således ikke ansvarlig for prosjekteringen når det søkes om rammetillatelse. Hans ansvar er i utgangspunktet å sørge for at tiltaket er belagt med ansvar av ansvarlige foretak der dette er påkrevet. Utgangspunktet er at ved søknad om rammetillatelse skal også prosjekteringen være belagt med ansvar. Men fra dette utgangspunkt kan det være unntak; forarbeidene oppstiller noen eksempler der det først er påkrevet med ansvar for prosjekteringen og kontroll av prosjekteringen ved søknad om igangsettelse.

Dette kan være tilfellet der det for eksempel foreligger en detaljert reguleringsplan for et byggefelt hvor det er bestemt plassering, og det søkes om rammetillatelse for et kataloghus. Her vil det ikke være nødvendig med et eget prosjekteringsansvar før igangsettingstillatelse.⁴⁰

Hvis det etter at rammetillatelse er gitt, oppdages at enkelte forhold ikke er avklart i rammetillatelsen, for eksempel en rasfare som ikke tidligere har vært kjent, må det sendes inn endringssøknad. Det er ikke automatikk i at den gitte rammetillatelse faller bort av en slik grunn.⁴¹

³⁹ Innst.O. nr. 58. (1995-1996) side 3 jf Ot.prp. nr. 44 (1995-1996) side 21

⁴⁰ Ot. Prp. Nr.45. (2007-2008) side 124 boks 9.1

⁴¹ BE veiledning til byggesaksforskriften § 6-4

2.5 Igangsettingstillatelse

Når det foreligger en rammetillatelse, kan det søkes om en igangsettingstillatelse etter pbl § 21-2 femte ledd. Det følger av § 21-4 fjerde ledd at igangsettingstillatelse ikke kan gis før vilkår i rammetillatelsen er oppfylt, ansvarsretter tildelt og kontrollomfang er avgjort, samt evt. eventuelle tillatelser fra andre myndigheter foreligger, jf § 21-5 første ledd.

Dette presiseres nærmere i byggesaksforskriften § 5-3 fjerde ledd. Det følger av bestemmelsen at det må foreligge en gjennomføringsplan for tiltaket.

I Byggesaksforskriften § 1-2 litra f er en gjennomføringsplan definert som: en samlet plan for gjennomføring av tiltaket, med synliggjøring av ansvarsområder, tiltaksklasser, ansvarlige foretak, gjennomføring av kontroll og ferdigstillelse av tiltaket. Dette presiseres nærmere i forskriftens § 5-3. Går ikke nærmere inn på denne bestemmelsen.

Når det foreligger en igangsettingstillatelse, fra kommunen kan utførelsen av tiltaket påbegynnes.

2.6 Overlevering, midlertidig brukstillatelse og ferdigattest

2.6.1 Generelt

I utgangspunktet markerer overlevering av byggeprosjektet en slutt for både kontraktsarbeidet og ansvarsretten etter Pbl, men dette er kun et utgangspunkt.

I plan- og bygningsloven er det ferdigattest, jf § 21-10, som markerer at ansvaret til de ansvarlige foretak opphører, jf § 23-3 andre ledd, med unntak av femårsfristen, som jeg kommer tilbake til i pkt 7.

I NS 8405 er det overtakelsesforretningen som markerer at risikoen går over på byggherren, jf pkt 32.1 og tilsvarende i NS 8407 pkt 37.1

I det følgende skal jeg først se på reglene om avslutning av byggesaken i relasjon til plan- og bygningslovens regler. Deretter skal jeg se på avslutningen i relasjon til NS 8405 og NS 8407. Da reglene er tilsvarende i de to standardene, velger jeg kun å omtale reglene i NS 8405.

2.6.2 Avslutning av byggesaken i Pbl

2.6.3 Ferdigattest

Det følger av § 21-10 første ledd første punktum at søknadspliktig tiltak avsluttes med ferdigattest. Ferdigattest utstedes av kommunen når det foreligger nødvendig dokumentasjon⁴² samt at det foreligger en erklæring om ferdigstilling fra ansvarlig søker eller tiltakshaver. Bestemmelsen fastsetter at ferdigattest er obligatorisk for alle søknadspliktige tiltak. Med ferdigattesten er tiltaket avsluttet og bygget kan tas i bruk, men selv om kommunen utsteder ferdigattest, har kommunen intet ansvar for kvaliteten i tiltaket.⁴³ Unntak fra hovedreglen om ferdigattest finnes i byggesaksforskriften § 8-1, som jeg ikke går videre inn på.

Andre punktum fastsetter at det må forelegges dokumentasjon for utført uavhengig kontroll der tiltaket krever det jf § 24-2.

Tredje punktum fastsetter at ”sluttdokumentasjon skal vise at tiltaket er utført i samsvar med tillatelsen og bestemmelser i eller i medhold av denne lov”. Det følger av byggesaksforskriften at en gjennomføringsplan vil gi kommunen et tilstrekkelig grunnlag for utstedelse av en ferdigattest jf SAK10 § 5-3 femte ledd andre pkt. Planen skal vise at både tiltaket og uavhengig kontroll, der dette er påkrevet, er fullført, jf første pkt.

⁴² Se punkt 8.2.1.1

⁴³ Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) side 69

Det følger videre av § 21-10 tredje ledd første pkt at ”kommunen kan utstede ferdigattest også der det foreligger bagatellmessige overtredelser av krav i eller i medhold av denne lov”. Hva som ligger i ”bagatellmessige”, må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Men det følger av forarbeidene at det for eksempel kan være der det foreligger en feil plassering på tomten, men der avviket er lite og ikke berører forholdet til nabogrensen, der dører og vinduer har blitt litt forskjøvet, der utomhusarbeidene ikke er helt slutført og der det foreligger andre mindre avvik av fasadekledningen etc.⁴⁴

Jeg velger å avgrense mot andre ledd da den ikke har relevans for problemstillingen i oppgaven.

2.6.4 Sluttdokumentasjon

Det følger av Pbl § 21-10 første ledd første pkt at hvis det foreligger nødvendig sluttdokumentasjon og erklæring om ferdigstillelse, skal kommunen utstede ferdigattest. Det fremgår av forarbeidene at kommunen må ha saklig grunn til å nekte. En slik saklig grunn vil kunne være mangler ved sluttdokumentasjon.⁴⁵

Hva som ligger i ”nødvendig sluttdokumentasjon”, følger av SAK10 § 5-3 femte ledd. Der fremgår det at det blant annet skal inkludere kontrollattest for gjennomført kontroll.

Et problem som kan oppstå er at det ansvarlig kontrollerende foretak for utførelsen er konkurs, og det ikke foreligger dokumentasjon for gjennomføringen av kontrollen. Dette følger av et høringsnotat fra Kommunal- og regionaldepartementet om et slikt tilfelle (etter 1985 loven):

”Etter SAK § 34 er hovedreglen at det kreves en kontrollerklæring fra et KUT for å få ferdigattest. Det er derimot mindre praktisk dersom et KUT ikke lenger driver sin

⁴⁴ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 106

⁴⁵ Ot.prp. nr.45. (2007-2008) side 106

virksomhet. Det vil trolig ikke være mulig å be et konkursbo utføre sluttkontroll. Den absolutte hovedregel vil da være den at det kreves at et kvalifisert ansvarlig foretak overtar ansvaret, noe departementet har forståelse for at oppleves som svært vanskelig. Det er i utgangspunktet likevel ikke noe unntak fra denne reglen”.⁴⁶

Her vil regelen i SAK10 § 12-6 første ledd om bytte av ansvarlig foretak komme til anvendelse. Departementet fremholdt videre:

”Når det nye foretaket overtar ansvaret, må det gjøres avgrensninger av dette ansvaret i den utstrekning det er nødvendig for å kunne tilfredsstille kravene til hva som anses viktig for det enkelte bygg, herunder vilkår i plan og i tillatelse. Dette bør fremgå meget klart av ansvarsrettssøknaden ved å beskrive at man har kommet inn i byggeprosessen meget sent, og hvorfor dette har oppstått. Samtidig bør man tillate at foretaket tar forbehold om slikt som skjulte feil i det arbeidet det forrige foretak har gjort”.⁴⁷

2.6.5 Midlertidig brukstillatelse

Av Pbl § 21-10 tredje ledd første punktum følger det at hvis ”det gjenstår mindre vesentlig arbeid, og kommunen finner det ubetenkelig, kan det utstede midlertidig brukstillatelse for hele eller deler av tiltaket”. Denne regelen presiserer at hovedregelen er ferdigattest, og midlertidig brukstillatelse er unntaket. Hvis midlertidig brukstillatelse gis, følger det av andre og tredje punktum at kommunen kan stille visse vilkår for tillatelsen. Det følger av byggesaksforskriften, under forutsetning av at tiltaket krever gjennomføringsplan, § 5-3 i.f., at den skal vise gjenstående arbeider og kontroll, og tidsplan for ferdigstilling.

⁴⁶ Høringsnotat KRD sak 06/2036

⁴⁷ Høringsnotat KRD sak 06/2036

Vilkårene for midlertidig brukstillatelse er de samme som for loven av 1985, og her presiserer veiledningen til byggesaksforskriften at:

” Manglene må ikke ha særlig betydning for sikkerhet eller helse for personer som bruker tiltaket/byggverket. Noen slike mangler kan imidlertid avhjelpes midlertidig slik at fare ikke oppstår. Et eksempel på dette kan være solid fysisk avstenging av dør mot manglende veranda. Forhold som reduserer brannsikkerheten for personer anses som vesentlig mangel, og vil normalt utelukke midlertidig brukstillatelse for byggverket eller aktuell del av det. Dette kan f.eks. gjelde ved manglende vanntilførsel til sprinkleranlegg eller manglende merking av rømningsveier”.⁴⁸

Hvis det skulle foreligge noen alvorlige mangler, kan kommunen kreve sikkerhet etter tredje ledd tredje pkt, hvor det presiseres i forarbeidene at en midlertidig brukstillatelse kan gis der det foreligger alvorlige mangler som ikke innebærer en umiddelbar fare. Men det forutsettes at mangelen kan rettes og ferdigattest kan gis på sikt, og at en slik sikkerhetsstillelse skal bidra til dette.⁴⁹

Hvorvidt denne sikkerhetsstillelsen er ment å få større utbredelse etter den nye loven, fremgår ikke av forarbeidene, men det fremkommer at ferdigattest skal være hovedregelen. Således vil en sikkerhetsstillelse kunne tilfredsstille dette krav når det blir gitt en midlertidig brukstillatelse.

Det er dog ingen plikt for kommunen til å utstede midlertidig brukstillatelse, da det er opp til kommunens skjønn jf ”kan”. Dette innebærer at tiltakshaver ikke har noe rettskrav på at kommunen utsteder midlertidig brukstillatelse.

Det fremkommer videre av byggesaksforskriften til de tidligere reglene i loven av 1985 at bruken av midlertidig brukstillatelse er mest praktisk for større byggeprosjekter hvor det

⁴⁸ Veiledning til byggesaksforskriften (2003) side 75

⁴⁹ Ot.prp. nr.45. (2007-2008) side 107-108

skal være flere byggetrinn.⁵⁰ Dette vil igjen kunne skape problemer i forhold til påleggsfristene, noe jeg kommer tilbake til i pkt 7.

Fjerde punktum fasetter at dersom gjenstående arbeider ikke blir utført innen fristen, skal kommunen gi pålegg om ferdigstilling. Det kan gjennomføres ved sanksjoner etter kapittel 32. Her foreligger det en plikt for kommunen til å sørge for ferdigstilling jf ”skal”. Gis det en midlertidige brukstillatelsen, skal det settes en frist for ferdigstilling. Når denne fristen er ute, skal kommunen gi pålegg om retting. Før et pålegg gis, skal det varsles etter § 32-2. Dette varslet kan ikke gis sammen med den midlertidige brukstillatelsen, da det på det tidspunkt ikke foreligger noe ulovlig forhold.

2.6.6 Avslutning av kontraktsarbeide etter NS 8405

2.6.7 Generelt

Reglene om overtakelse finner vi i NS 8405 pkt 32. En overtakelse får mange rettsvirkninger for partene i kontraktsforholdet. Her blir det fastslått om entreprenøren har klart å ferdigstille innen tidsfristen, eller om byggherren har krav på dagmulkt. Risikoen går over på byggherren, og reklamasjonsfristene begynner å løpe. Videre regulerer standarden situasjoner der partene ikke har fulgt prosedyrene i standarden, som for eksempel at byggherren har tatt i bruk kontraktsarbeidet før overtakelse.

I den videre fremstillingen vil jeg behandle reglene i NS 8405 pkt 32.1, 32.6 og 32.7. Behandler ikke NS 8407, da reglene er tilsvarende de samme.

Pkt 32.1 fastsetter hovedprinsippet om overtakelsen, nemlig at den finner sted ved overtakelsesforretning jf pkt 32.3. Overtakelsen skal skje samlet for hele kontraktsarbeidet, med mindre delovertakelse har funnet sted. Tidligere var reglene utformet slik at hvis

⁵⁰ Veiledning til byggesaksforskriften (2003) side 75

byggherren tok bygget i bruk, skulle det regnes som en overtakelse av arbeidet. Slik er ikke de nye reglene utformet. Hvis byggherren tar bygget i bruk, skal det regnes som mislighold av kontrakten jf pkt 32.8.

Av protokollen fremkommer det ofte at overtakelsen utsettes for deler av arbeidet, jf juridisk teori.⁵¹ Det er her viktig å presisere i protokollen hvorvidt overtakelsen er utsatt, eller om man faktisk bare har utsatt selve befaringen av deler av arbeidet, for eksempel fordi de er vanskelig tilgjengelig på grunn av snø etc. Hvis det er en utsettelse av overtakelsen, er det en delovertakelse som har skjedd. Da vil virkningene således reguleres av pkt 32.7

I pkt 32.6 er det oppstilt hvilke virkninger som inntreffer ved overtakelse i litra a-f. For denne fremstilling er det først og fremst litra d som er viktig, men det vil også knytte seg noen problemstillinger opp mot litra b.

Det følger av litra b at risikoen for kontraktsarbeidet går over på byggherren. Hva som menes med risikoen, følger av juridisk teori: Med risikoen skal forstås at entreprenøren har ansvaret for å gjennomføre de tiltak som er nødvendige hvis det skulle oppstå en skade eller uhell slik at leveransen blir kontraktsmessig. Det er ikke noe krav om uaktsomhet fra entreprenørens side.⁵²

Dette innebærer for eksempel at byggherren har risikoen for et hendelig uhell. Her kan det tenkes at det kan oppstå problemer i forhold til ansvaret etter Pbl hvis det ikke er utstedet ferdigattest. Hvis det oppstår skade på bygget som byggherren har risikoen for, men entreprenøren har ansvaret etter Pbl, kan entreprenøren risikere å bli pålagt å rette av kommunen jf § 32-3 hvis byggherren ikke står for dette. Ansvaret til den ansvarlig utførende er ikke avsluttet før det foreligger ferdigattest.

⁵¹ Marthinussen "NS 8405 med kommentarer" side 502

⁵² Marthinussen "NS 8405 med kommentarer" side 231

Det følger av litra d, at reklamasjonsfristen begynner å løpe etter pkt 36.7

Utgangspunktet er at byggherren taper sin rett til å gjøre mangel gjeldende hvis han ikke senest ved overtakelsesforretningens avslutning melder fra om mangel som han har eller burde ha oppdaget ved gjennomføringen av overtakelsesforretningen jf pkt 36.6.

Det følger videre av pkt 36.7 første ledd at byggherren taper sin rett til å gjøre mangelen gjeldende etter overtakelsen dersom han ikke varsler entreprenøren uten ugrunnet opphold etter at han har eller burde ha oppdaget den.

En naturlig forståelse av ”uten ugrunnet opphold” er at det skal reklameres umiddelbart så lenge byggherren ikke har et grunnlag for å utsette varselet. Et slikt grunnlag vil kunne være at byggherren vil kunne trenge ytterligere undersøkelser for å avgjøre hvorvidt det foreligger et reklamasjonsgrunnlag. Byggherren vil kanskje måtte trekke inn andre fagkyndige personer for bistand hvis han selv mangler kompetanse.

Hva som ligger i at byggherren ”burde ha oppdaget”, vil måtte bero på hva slags befaringsområde som er utført i det konkrete forhold. Ofte er det slik at det meste av konstruksjonsmessige deler og tekniske installasjoner er bygd inn i bygget og således vil være vanskelig å befare ved en overtakelsesforretning.

For momenter i drøftelse av hva som ligger i ”burde ha oppdaget”.⁵³

Det følger av juridisk teori⁵⁴ at reklamasjonsfristen er relativ, det vil si at den begynner å løpe og utløper for den enkelte mangel. Byggherren kan således ikke ”samle opp” mange små mangler, for så å reklamere for dem samlet på et senere tidspunkt. Dette er viktig for hva som ligger i ”uten ugrunnet opphold”. Dette innebærer at byggherren vil måtte reklamere fortløpende for hver enkelt mangel. Men utførelsen av manglene vil

⁵³ se pkt 5.2

⁵⁴ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 610

entreprenøren kunne gjøre samlet, hvis dette ikke er til ulempe for byggherren jf pkt 36.2 sjette ledd.

Det følger av juridisk teori at byggherren må kunne få muligheten til å områ seg hvis det foreligger behov for det. Men han må ha en berettiget grunn for ikke å ha reklamert med en gang. Hvis byggherren ikke har en slik grunn, må han reklamere med en gang. ”Uten ugrunnet opphold” vil kunne fremstå forskjellig, alt avhengig av hva slags mangel det er tale om. Enkelte mangler vil være enkle å konstantere, mens andre vil være vanskeligere å avklare. En mistanke om at det foreligger en mangel vil ikke utløse den relative reklamasjonsfristen, men vil kunne gi byggherren en plikt til å undersøke nærmere.⁵⁵ Når denne mistanken foreligger, følger det av juridisk teori at man ikke har lang tid på å avklare hvorvidt det reelt sett foreligger en mangel eller ikke. Men det kan også være en fordel at byggherren har avklart hvorvidt det foreligger en mangel eller ikke før han reklamerer. Når denne avklaringen er gjort, kan han ikke vente lenger. Det vil kun være snakk om dager, jf dom av Tromsø byrett 30.08.1989”.⁵⁶

Reklamasjonsfristen gjelder også for hva byggherren ”burde ha oppdaget” av mangler, fordi byggherren kan risikere at reklamasjonsfristen begynner å løpe uten at han faktisk er klar over manglene. Dette vil kunne være tilfelle der byggherren ikke har rutiner etc. for å avdekke mangler. Således setter fristene i NS et stort krav til byggherrens organisasjon.⁵⁷

⁵⁵ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 611

⁵⁶ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 611

⁵⁷ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 611

Men hvis byggherren har reklamert over en mangel, og det viser seg at mangelen er gjentakende uten at byggherren har gjort mer enn én reklamasjon gjeldende, følger det av juridisk teori at:

”Dersom det reklameres over en mangel ved en del av arbeidet, og det viser seg at denne også hefter ved andre deler av byggverket, må reklamasjonen anses å dekke mangelen i hele dens utstrekning”.⁵⁸

Andre ledd oppstiller en absolutt reklamasjonsfrist. Det følger av bestemmelsen at reklamasjon ikke kan fremsettes senere enn fem år etter overtakelsen.

Dette innebærer at det løper to reklamasjonsfrister ved siden av hverandre, slik at den relative ”uten ugrunnet opphold” vil få betydning for hvorvidt det er reklamert i tide innenfor femårsfristen. Hvis for eksempel byggherren får mistanke om en mangel dagen før femårsfristen utløper, må han reklamere senest dagen femårsfristen går ut. Han har da ikke noen mulighet for å undersøke hvorvidt det er en mangel eller ikke.

Jeg velger å avgrense mot fjerde ledd, da dette ikke har noen relevans for oppgaven.

Det følger av juridisk teori at ved for sen reklamasjon, både for den absolutte og den relative, knytter det seg strenge rettsvirkninger.

Hvis det ikke foreligger forhold etter pkt 36.8, som er et unntak fra reklamasjonsfristene, har de absolutte og relative fristene en preklusiv virkning. Dette innebærer at hvis det er reklamert for sent, risikerer byggherren å tape alle innsigelser som følge av mangelen. Slike innsigelser kan være krav om utbedring, prisavslag og evt. erstatning. Byggherrens begrunnelse for manglende reklamasjon er uten betydning. Grunnen til de strenge reklamasjonsfristene er at partene skal kunne si seg ferdig med byggesaken på et gitt tidspunkt. Dette skaper også en viss forutsigbarhet hos partene.⁵⁹

⁵⁸ Tore Sandvik ”kommentarer til NS 3401” side 245

⁵⁹ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 613-614

Det følger videre av pkt 32.6 andre ledd at virkningene av overtakelsen inntreder ved avslutningen av overtakelsesforretningen. Dette innebærer at den absolutte reklamasjonsfristen på fem år begynner å løpe fra den siste dagen av overtakelsesforretningen.

Det følger av pkt 32.7 første ledd at byggherren har rett til å overta deler av kontraktsarbeidet dersom dette er særskilt avtalt.

Av tredje ledd følger det at ved en delovertakelse inntreder de fleste virkningene som ved en vanlig overtakelse, med visse unntak. Virkningene skjer kun for den overleverte del av kontraktsarbeidet. En delovertakelse må finne sted ved en overtakelsesforretning, slik at for eksempel den absolutte reklamasjonsfristen begynner å løpe fra den siste dagen i overtakelsesforretningen.

Unntakene til hvilke rettsvirkninger en delovertakelse vil ha, går jeg ikke nærmere inn på, da det ikke har noen relevans for oppgaven.

3 Ansvar i byggesaken

3.1 Generelt

Ansvar er etter loven todelt. Ansvar etter loven kan for det første være at de ansvarlige innehar et ansvar for at tiltaket gjennomføres og avsluttes etter de krav som loven oppstiller.

For det andre kan bygningsmyndighetene forfølge de ansvarlige hvis det er begått ulovligheter i tiltaket jf Pbl Kap 32, for eksempel ved å kreve stansing eller retting.⁶⁰

⁶⁰ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 694

Ansaret innebærer at det ansvarlige foretaket har et direkte ansvar overfor bygningsmyndigheten for at loven og forskriftenes krav blir oppfylt. Det er således det ansvarlige foretaks ansvar å sørge for at oppgaven ligger innenfor den gitte tillatelse. Hvis det foreligger mangler eller feil ved gjennomføringen, kan således det ansvarlige foretak bli pålagt av bygningsmyndigheten å rette. Ansaret er en direkte linje mellom det ansvarlige foretak og bygningsmyndigheten.⁶¹

Utgangspunktet for det privatrettslige ansaret vil være kontrakten mellom partene. En entreprisekontrakt vil i all hovedsak være en resultatforpliktelse, slik at entreprenøren vil måtte levere den ytelse som kontrakten oppstiller. Ansaret til entreprenøren består i å oppfylle kontrakten etter de spesifikasjoner den oppstiller. Det vil også foreligge et profesjonsansvar for entreprenøren.

3.2 Ansaret i Pbl § 23-1

Det følger av loven og juridisk teori at de forskjellige funksjonene både kan deles opp og slås sammen, med unntak av søkerfunksjonen; det vil si at tiltakshaver kan bestemme hvorvidt ansaret skal ligge hos ett eller flere ansvarlige foretak.⁶²

Forarbeidene presiserer at bakgrunnen for en slik oppdeling av funksjonene er å ha mulighet for å harmonere ansvarsfordelingen med entreprisereformen. Det følger videre av den samme Ot.prp. at det ikke er noen sammenheng mellom ansaret etter entreprisekontrakten og plan- og bygningsloven. Det er for eksempel ikke noen bestemmelser om et slikt ansvar i standardkontraktene.⁶³

⁶¹ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 121

⁶² Innjord "Plan og bygningsloven med kommentarer" side 694

⁶³ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 122

Reservasjonen med søkerfunksjonen er begrunnet i at foretaket innehar koordineringsfunksjonen overfor kommunen, og skal således være bindeledd mellom kommunen og tiltakshaver.⁶⁴

De som innehar ansvaret, både tiltakshaver og ansvarlig foretak, må innta for at tiltaket utføres i henhold til de krav som er gitt i eller i medhold av loven jf andre pkt. Dette gjelder også krav i arealplaner og andre tillatelser gitt i medhold av Pbl. Ansvaret gjelder også formelle og materielle krav som er gitt i eller i medhold av loven.⁶⁵

Av andre ledd første pkt følger det at hvis det er et tiltak som krever ansvar, plikter tiltakshaver å videreføre sitt ansvar til et ansvarlig foretak. Med ”plikter” forstås at tiltakshaver ikke har noen valgrett mht. å videreføre sitt ansvar. Med ”videreføre” forstås at det ikke er en fullstendig overføring av ansvar. Dette innebærer at tiltakshaver vil ha et overordnet ansvar for tiltaket.

Det følger også av SAK10 § 12-1 at tiltakshaver har et overordnet ansvar i byggesaker der det fremkommer at kommunen kan rette pålegg mot tiltakshaver i alle saker etter Pbl. Det følger videre av forarbeidene at ansvaret til tiltakshaver er uavhengig av hvorvidt tiltaket krever ansvarsrett eller om tiltaket ikke er søknadspliktig jf §§ 20-2 og 20-3.⁶⁶

Loven har ingen klar bestemmelse om hvordan ansvaret videreføres, men i forarbeidene er det forutsatt at ansvaret videreføres gjennom kontrakter.⁶⁷

Normalt vil det foreligge en entreprisekontrakt mellom tiltakshaver og ansvarlig utførende. Forarbeidene forutsetter at ansvarlige foretaks ansvar overfor både kommunen og tiltakshaver er sammenfallende og således ikke i strid med hverandre. Det er tiltakshaver som skal definere hva de ansvarlige foretakene skal ha ansvaret for i byggesaken. Således

⁶⁴ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 122

⁶⁵ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 694

⁶⁶ Nou 2005: 12 side 508

⁶⁷ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 116

forutsettes det at ansvaret etter plan- og bygningsloven er sammenfallende med det ansvaret de får etter oppdragets art. Tiltakshaver har således en instruksjonsmyndighet overfor de ansvarlige foretakene.⁶⁸

Da det ikke er noe direkte sammenfall mellom ansvaret etter Pbl og entrepriseransvaret, er det opp til tiltakshaver, ved ansvarlig søker, å foreslå inndelingen av ansvar og foretak for bygningsmyndighetene. Denne muligheten for å dele opp eller samle ansvaret er begrunnet med muligheten for å harmonere ansvaret etter Pbl og entreprisformen.⁶⁹

Det kan også være at kontrakten mellom ansvarlig foretak og tiltakshaver går lengre enn minimumskravene som loven eller teknisk forskrift oppstiller. Kommunens ansvar er begrenset til å påse at kravene etter Pbl er oppfylt. Den har således ikke ansvar for at tiltaket er utført i henhold til kontrakten mellom tiltakshaver og ansvarlig foretak. Gir kommunen et pålegg til ansvarlig foretak, må det, for det første ligge innenfor det ansvarlige foretakets ansvarsområde, og for det andre begrenses til kun å gjelde forhold som er i strid med lov eller forskrift.⁷⁰

Etter andre pkt presiseres tiltakshavers ansvar der tiltaket ikke krever spesielt kvalifisert foretak, for eksempel etter § 20-2 og § 20-3 og ved de tilfeller der det oppstår ”hull” ved ansvarsdekningen. Slike ”hull” i ansvarsdekningen kan for eksempel oppstå ved skifte av ansvarlig foretak,⁷¹ eller i forbindelse med grensesnittet mellom forskjellige ansvarlige foretak ved samme prosjekt der det mangler ansvarsbelegning. Dette kommer jeg nærmere tilbake til.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 39. (1993-1994) side 38 (forarbeider etter 1985 loven, men fortsatt gjeldende)

⁶⁹ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 122

⁷⁰ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 696

⁷¹ Byggesaksforskriften § 12-1 første ledd første pkt jf § 12-6 første ledd

Det er likevel et unntak for aleneansvaret til tiltakshaver etter § 20-2. Det følger av forarbeidene at bygging av våtrom omfattes av ansvarsbelegningen etter § 20-1 andre ledd jf første ledd litra a:

” Bad som bygges som del av et tilbygg, og som etter gjeldende rett har vært ansett å falle inn under § 86a om meldepliktige tiltak, faller også inn under søknadsplikten etter § 20-1 første ledd bokstav a. Bygging av bad krever dermed ansvarlige foretak”.⁷²

Man kan med andre ord bygge sitt eget hus , men ikke sitt eget våtrom.

Det foreligger også et unntak til fra reglene om tiltakshavers aleneansvar, byggesaksforskriften § 6-7, men jeg velger her å avgrense mot aleneansvaret da det er uten relevans for oppgavens kjerneområde.

Som omtalt over kan det oppstå ”hull” i ansvarsdekningen. Det fremgår av andre pkt at det skal være full ansvarsdekning til enhver tid i tiltaket, og at dette ansvaret påligger tiltakshaver alene. Dette tilsier at tiltakshaver har et overordnet ansvar selv der tiltaket skal utføres av ansvarlig foretak.⁷³ Dette får den virkning at et pålegg også kan rettes mot tiltakshaver. Dette kan for eksempel oppstå der et ansvarlig foretak blir byttet ut under prosjektet og ansvarlig søker ikke søker om ansvarsrett for det nye foretaket.

Hvis et ansvarlig foretaks ansvarsrett opphører, vil tiltakshavers overordnede ansvar komme særlig til syne. Ansvaret kan opphøre av ulike årsaker, for eksempel insolvens hos det ansvarlige foretak, at de har fått ansvarsretten trukket tilbake av kommunen eller de har frasagt seg ansvaret, noe de kan gjøre på ethvert tidspunkt i prosjektet, jf veiledningen til GOF (1997) side 35 som redegjør for følgende:

⁷² Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 312

⁷³ Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 328,121 og 119

”et foretak kan når som helst frasi seg ansvarsretten eller byttes ut med et annet foretak. Foretaket er likevel bundet av det ansvar det har påtatt seg for de oppgavene som allerede er utført. For disse arbeidene kan foretaket ikke trekke tilbake ansvarsretten. Tiltakshaver må da fremskaffe et nytt foretak som kan stå ansvarlig for de gjenstående oppgavene. Det nye foretaket vil ikke være ansvarlig for de tidligere oppgavene”.^{74 75}

Det følger av byggesaksforskriften § 12-6 første ledd at det avtroppende foretak skal sikre dokumentasjon på hva slags arbeid som er utført før opphøret av ansvarsretten innenfor sitt ansvarsområde. Slik dokumentasjon skal også omfatte samværs- og kontrollerklæringer. Det er også viktig med tanke på grensesnittet mot det nye ansvarlige foretaket. Det påtroppende ansvarlige foretaket skal ved søknaden om ansvarsrett klargjøre ansvaret det påtar seg.

Reglene i byggesaksforskriften § 12-6 første ledd andre og tredje pkt kan ses i sammenheng med hevningsreglene og registreringsforretningen i NS 8405 pkt 39.7 og NS 8407 pkt 46.7.

Hvis ansvaret opphører som følge av insolvens hos det ansvarlige foretak, kan det oppstå flere vanskelige problemstillinger. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i pkt 6.4

Jeg velger å avgrense mot tredje ledd, da dette leddet gjør rede for unntaket om kravet om ansvarlig foretak og derfor ikke har noe relevans for oppgaven.

3.3 Sanksjoner

3.3.1 Generelt

⁷⁴ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 697

⁷⁵ Se pkt 6.4

Pbl. Kap 32 inneholder reglene om sanksjoner for overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov. Det vil si at det ikke kan ilegges sanksjoner i dette kapittel for brudd på annen sektorlovgivning. Det følger av § 32-1 at kommunen har en plikt til å forfølge ulovligheter, med mindre overtredelsen er av mindre betydning.

I dette kapitlet vil jeg se på bestemmelsen i § 32-3. Jeg vil også behandle reglene om tilbaketrekning av sentral godkjenning §§ 22-2 jf SAK10 § 13-6, selv om bestemmelsene i utgangspunktet ikke hører under ulovlighetsoppfølging. Ved reglene om tilbaketrekning av lokal godkjenning, som i utgangspunktet er korresponderende med reglene om sentral godkjenning, vil jeg kun peke på forskjellene i reglene.

Når kommunen ilegger sanksjoner, skal det være en forholdsmessighet i reaksjonsformene, jf Pbl § 32-10.

3.3.2 Pålegg om retting og pålegg om stans Pbl § 32-3

Av første ledd følger det at ved forhold i strid med bestemmelsene gitt i eller i medhold av denne lov, kan kommunen gi den ansvarlige pålegg om retting av det ulovlige forhold, opphør av bruk, forbud mot fortsatt virksomhet, samt stansing av arbeid.

Men den ansvarlige menes personer eller foretak som innestår for prosjektet.

Utgangspunktet er at et pålegg skal rettes mot ansvarlig søker, som så skal gi pålegget til det foretak som er ansvarlig. Men et pålegg kan også rettes mot tiltakshaver, eier eller noen av de ansvarlige foretak i prosjektet.⁷⁶ Et pålegg er å regne som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Det skal varsles etter § 32-2 og kan påklages.

Det skal etter andre ledd gis en frist for oppfyllelse av pålegget.

Etter tredje ledd første pkt kan også kommunen fastsette en tvangsmulkt hvis pålegget ikke blir rettet innen fristen. Hensikten med å ilegge en tvangsmulkt er at det kan få store økonomiske konsekvenser hvis ikke pålegget følges opp.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 353

Jeg velger å avgrense mot resten av tredje ledd.

Av fjerde ledd følger det at kommunen kan tinglyse et pålegg på den aktuelle eiendommen. Dette innebærer at ved et eierskifte vil et pålegg kunne følge eiendommen. Hvis et pålegg skal tinglyses, må det være endelig avgjort. Et påklaget vedtak kan ikke tinglyses før det er endelig.

3.3.3 Tilbaketrekking av sentral godkjenning for ansvarsrett Pbl § 22-2

Bestemmelsen presiseres gjennom SAK10 § 13-6.

Det følger av bestemmelsen at sentral godkjenning skal trekkes tilbake ved alvorlige eller gjentatte overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov.

Med ”skal” menes her at det foreligger en plikt til tilbaketrekking hvis det foreligger et slikt grunnlag. Vilkåret er at det foreligger ”alvorlige eller gjentatte overtredelser av bestemmelser i eller i medhold av loven”.

Av forarbeidene følger det at med alvorlige overtredelser menes at overtredelsene er graverende på grunn av sin grovhet.⁷⁷

Dette er nærmere spesifisert i SAK10 § 13-6 andre ledd, hvor det fremkommer at det er tre typer forhold som kan anses som alvorlige. For det første hvis det foreligger forhold som fører til overtredelsesgebyr etter § 32-8 første ledd litra a-g og j.

For det andre hvis det skjer en unnlatelse av å etterkomme særskilte pålegg eller forbud, og til sist unnlatelse av å følge opp henvendelser om tilsyn.

Av veiledningen til SAK10 § 13-6 andre ledd er det oppstilt noen konkrete eksempler, men det presiseres at eksemplene ikke er uttømmende. Det kan for eksempel være feil i prosjekteringen eller utførelsen som har vesentlig betydning for helse, miljø eller sikkerhet. Fravær av kvalitetssikring eller svikt i kvalitetssikringen, fravær av kontroll eller svikt i kontrollen, igangsetting av arbeid uten tillatelse, unnlatelse av å følge opp henvendelser

⁷⁷ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 326

som gjelder tilsyn, forfalskning av dokumentasjon eller manglende eller mangelfullt system.⁷⁸

Med gjentatte overtredelser menes at det foreligger feil som isolert sett ikke er grove, men når feilene kumuleres, vil de totalt sett kunne fremstå som en alvorlig feil.⁷⁹ Dette gjelder også hvis det foreligger brudd på annen sektorlovgivning som i seg selv ikke leder til en tilbaketrekning av sentral godkjenning, men som vil inngå i en helhetsvurdering.⁸⁰

Det følger videre av bestemmelsen at godkjenningen skal trekkes tilbake hvis foretaket ikke lenger innehar nødvendige kvalifikasjoner. Slike kvalifikasjonsmangler kan oppstå hvis det oppstår endringer i foretakets faglige ledelse, når kravet til pålitelighet og dugelighet ikke er oppfylt, eller ved tvangsavvikling og konkurs.⁸¹

Hva som ligger i kravet om ”pålitelighet og dugelighet” fremgår av høringsnotat til byggesaksforskriften. Her fremgår det at det retter seg mot foretakets evne og vilje til etterlevelse av regelverket. Dette innebærer at kommunen kan trekke tilbake godkjenningen når foretaket har den rette kvalifikasjonen for prosjektet, men mangler viljen til å gjennomføre for eksempel et pålegg.⁸² Hvis det ansvarlige foretaket har utført et tiltak på en sånn måte at det bryter med det som normalt kan forventes av et ansvarlig foretak, vil det kunne være mangel på ”pålitelighet og dugelighet”.⁸³

⁷⁸ BE veiledning til byggesaksforskriften § 13-6 andre ledd

⁷⁹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 326

⁸⁰ BE.NO veiledning til byggesaksforskriften § 13-6 første ledd

⁸¹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 327

⁸² Høringsnotat- Forskrift om byggesak- pr. 23 juni 2009 side 53

⁸³ BE.NO veiledning til byggesaksforskriften § 13-6 andre ledd

Kravet til kvalifikasjoner må også ses i sammenheng med SAK10 § 1-3 fjerde ledd, som gir foretaket en opplysningsplikt ved endringer av foretakets kompetanse. Slike endringer skal meldes uten ugrunnet opphold.

Hvis den sentrale godkjenningen er gitt på feil grunnlag, vil den kunne omgjøres med hjemmel i forvaltningsloven § 35 første ledd litra c.

Statens bygningstekniske etat (BE) har myndighet til å tilbaketrekke en sentral godkjenning, jf SAK10 § 13-1, men er avhengig av at kommunen varsler når det foreligger feil eller mangler som stammer direkte fra byggesaker som kan lede til tilbaketrekingen. Ett unntak følger av SAK10 § 13-1 andre ledd, som bestemmer at BE kan føre tilsyn med sentralt godkjente foretak. Det følger av et høringsnotat at:

”Den sentrale godkjenningsmyndigheten har ingen sanksjons muligheter overfor foretak i byggesaker. Bare bygningsmyndighetene kan gi pålegg om retting”.⁸⁴

Således er den sentrale godkjenningsmyndighetens sanksjonsmuligheter begrenset til kun å omfatte den sentrale godkjenningen.

Hvis en sentral godkjenning trekkes tilbake, vil dette ikke få noen direkte virkning for den lokale godkjenningen som er gitt for et allerede igangsatt prosjekt. Men det vil være en oppfordring til kommunen om å føre nøye kontroll med foretaket, for eksempel ved tilsyn.

Hvis det er et foretak som har sentral godkjenning for ansvarlig kontrollerende, vil det derimot få umiddelbare følger for foretaket, da det er et krav om sentral godkjenning for dette ansvaret jf § 23-7 første ledd andre pkt.

Jeg velger å avgrense mot resten av bestemmelsen.

3.3.4 Tilbaketrekking av lokal godkjenning for ansvarsrett Pbl § 22-4

⁸⁴ Høringsnotat- Forskrift om byggesak- pr. 23 juni 2009 side 104

Bestemmelsen presiseres gjennom SAK10 § 6-9.

Vilkårene for en tilbaketrekning er i all hovedsak identiske med reglene om tilbaketrekning av sentral godkjenning. Det følger av juridisk teori at grunnen til dette er:

”foruten å gi bedre forutsigbarhet for foretakene, vil dette kunne bidra til mer ensartet praksis i kommunene, da det må antas at kommunene vil innrette seg etter praksisen til Statens bygningstekniske etat”.⁸⁵

Lokal godkjenning gis av kommunen i den enkelte byggesak, og dermed er det også kommunen som har ansvaret for en tilbaketrekning av den lokale godkjenningen, i motsetning til sentral godkjenning.

I motsetning til reglene om sentral godkjenning følger det av loven at kommunen ikke har en plikt til å tilbaketrekke godkjenningen, jf ”kan”.

Hvis det avdekkes forhold som kan være en fare for helse, miljø og sikkerhet, er kommunen gitt en mulighet til å trekke godkjenningen tilbake med umiddelbar virkning, jf Pbl § 22-4 første ledd siste pkt jf SAK10 § 6-9 tredje ledd. En parallell til bestemmelsen er pbl. § 32-4 pålegg om stans og opphør med øyeblikkelig virkning.

Jeg velger å avgrense mot resten av bestemmelsen.

3.4 Ansvar i NS 8405

NS 8405 Kap 2 omtaler entreprenørens ytelser etter kontrakten. Det følger av pkt 11.1 at kontraktsarbeidet skal oppfylle de krav som er angitt i kontrakten. Hvilke krav dette er, vil fremgå av byggherrens prosjektering, samt anbudsdokumenter og tekniske spesifikasjoner. Hvis slike krav ikke er oppstilt i kontrakten, følger det av bestemmelsens andre ledd at entreprenøren skal levere etter slike kvalitetskrav som er vanlig for tilsvarende arbeider.

⁸⁵ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 687

Det følger av pkt 11.2 at hvis entreprenøren har utført arbeider i strid med kontrakten som han har risikoen for, skal han varsle byggherren så snart han blir klar over dette.

Entreprenøren skal videre meddele byggherren hvorledes utbedring vil bli foretatt og bære kostnadene for dette, med mindre kostnadene blir uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås.

Av pkt 12.1 følger det at begge parter skal overholde de lover, offentlige forskrifter og vedtak som gjelder deres kontraktsforpliktelser og for forholdene på byggeplassen.

Dette innebærer at entreprenøren også må ta hensyn til det offentlige regelverk på området for utførelsen.

Skulle entreprenøren bli pålagt å utføre arbeid i strid med lov eller forskrift, vil han kunne nekte å utføre arbeidet i medhold av pkt 12.1 andre ledd uten å komme i kontraktsmislighold overfor byggherre.

3.5 Ansvar i NS 8407

Utgangspunktet for hva totalentreprenøren skal levere, følger av pkt 14.1; han skal levere i overensstemmelse med avtalte krav. Hva som er avtalt vil bero på avtalen, men det følger av pkt 14.3 at den skal passe de formål som byggherren har med denne, og som totalentreprenøren var eller måtte være kjent med da kontrakten ble inngått.

Hvis for eksempel byggherren har som formål å bruke bygget som et lager, pålegger det totalentreprenøren å bygge slik at det kan brukes etter intensjonen til byggherren. Men totalentreprenøren er forpliktet til å utføre bygget i samsvar med lov, forskrift og offentlige vedtak jf pkt 18.1

Som i NS 8405 har man etter NS 8407 også en rett til å nekte å utføre arbeid, eller medvirke til resultat som vil være i strid med offentligrettslige krav stilt i eller i medhold av lov, uten å komme i kontraktsmislighold overfor byggherren, jf pkt 17 andre ledd.

4 Oppstart

5 Endring av kontraksarbeidet etter rammetillatelse

5.1 Byggherrens endringskompetanse og entreprenørens utførelsesplikt

5.1.1 Generelt

Her vil jeg kort gi en fremstilling av endringsordresystemet. Jeg bruker NS 8405 som eksempel da reglene i NS 8407 er tilsvarende.

I entreprisekontrakter forekommer det at forpliktelsene ikke er endelig fastsatt og således må kunne korrigeres underveis. Det fremgår av NS 8405 Kap 4 at byggherren har en omfattende endringskompetanse, ved at han kan gi bindende pålegg om endring etter kontraktsinngåelse. Det følger av NS 8405 pkt 22.1 tredje ledd at ”endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet”. Dette setter grensene for endringsadgangen til byggherre, slik at entreprenøren ikke kan pålegges å utføre arbeid på et annet prosjekt. Det må også være arbeid innenfor den type arbeid som er beskrevet i kontrakten, og entreprenøren må ha kompetanse for oppgaven. Også entreprenørens ansvarsrett vil kunne bli et tolkningsmoment for hva som kan kreves. Byggherren kan heller ikke pålegge entreprenøren endringer ut over 15% netto tillegg til kontraktssummen.⁸⁶

⁸⁶ Hagstrøm ”entrepriserett utvalgte emner” side 20

For å kunne håndtere endringene i entreprisekontraktene er det implementert et formelt endringssystem i NS 8405. Denne formaliseringen har to sider. På den ene siden skal alle pålegg om endringer være skriftlige, jf pkt 22.3, og entreprenøren har ingen forpliktelse til å utføre endringen med mindre et skriftlig pålegg er utstedt. Denne siden ivaretar et dokumentasjons og bevishensyn.

Det følger av juridisk teori at den andre siden dog er den viktigste:

”Denne innebærer at om byggherren ikke gir et skriftlig pålegg om endring (endringsordre), men i stedet i form av tegninger, spesifikasjoner eller lignende krever en utførelse som entreprenøren mener ikke er en del av hans forpliktelse etter kontrakten (altså ikke bare en presisering innenfor kontraktens grenser), har entreprenøren plikt innen korte frister å si i fra. Han må da gjøre gjeldende at det dreier seg om en endring og kreve utstedelse av endringsordre, m.a.o. aktivere endringsordre systemet. Gjør ikke entreprenøren dette, er han forpliktet til å utføre det pålagte arbeidet som om det var en del av det opprinnelige avtalte arbeid (m.a.o. som om det var en presisering innen kontraktens grenser) og uten priskompensasjon eller krav på forlenget byggetid(jf pkt 23.2 og 23.3)”.⁸⁷

Når endringsordresystemet er aktivert, kan det ses som at den som sitter med aktivitetsplikten, vil måtte stå for de økonomiske konsekvensene av endringen hvis han ikke gir aktivitetsplikten til den andre. Det gjelder med andre ord å overføre aktivitetsplikten til motparten slik at det blir denne som blir sittende med risikoen. Hvorvidt et pålegg fra plan- og bygningsmyndighetene skal anses som en endringsordre, er et spørsmål jeg kommer tilbake til i pkt 6.2

⁸⁷ Hagstrøm ”entrepriserett utvalgte emner” side 21

5.1.2 utførelsesplikten

Det følger av NS 8405 pkt 22.3 tredje ledd at entreprenøren har en plikt til å utføre endringsarbeider når det foreligger en endringsordre fra byggherre. Men selv om bestemmelsen legger til grunn at endringsordre utstedes, har standarden noen unntak til dette. Det følger av pkt 23.1 ”irregulær endringsordre” at entreprenøren skal iverksette pålegget selv om det ikke foreligger en endringsordre.

Vilkårene for å utstede en irregulær endringsordre er at en slik ordre må utstedes av enten noen med fullmakt, jf pkt 22.3 annet ledd, til å gi endringsordre i henhold til pkt 23.1 litra a og b.

Eller at det følger av arbeidstegninger, beskrivelser eller lignende jf litra c.

Både pkt 22.3 tredje ledd og pkt 23.1 blir ofte omtalt som entreprenørens ”hoppeplikt”.

5.1.3 Unntak fra utførelsesplikten

Det følger av NS 8405 pkt 12.1 andre ledd og NS 8407 pkt 17 at entreprenøren kan nekte å utføre arbeid som vil stride mot reglene i Pbl. Dette innebærer at det vil være kontraktsstridig å pålegge entreprenøren å utføre arbeide som vil stride mot Pbl. Tanken bak denne reglen er at det kan volde den ansvarlig utførende store problemer hvis han måtte utføre arbeide i strid med Pbl. Han risikerer å miste sin godkjenning og å komme i et erstatnings- og evt. straffeansvar. Nektelse av å utføre et slikt arbeid er ikke å anse som et kontraktsbrudd jf pkt 12.1 andre ledd.⁸⁸ Også reglen i pkt 22.1 tredje ledd vil sette en grense for hva byggherren kan pålegge entreprenøren av endringer, dog ikke ut over 15% av kontraktssummen.

⁸⁸ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 152

5.2 Pbl

Det følger av Pbl § 23-3 første ledd tredje pkt at det ansvarlige foretak har ansvar overfor plan- og bygningsmyndighetene for at krav etter loven er oppfylt.

Det neste spørsmål som melder seg, er hvorvidt entreprenøren har en plikt til å påse at endringen ligger innen rammetillatelsens grenser i forhold til plan- og bygningsmyndigheten.

På den ene siden presiserer forarbeidene at den ansvarlig utførende plikter å forsikre seg om at alle nødvendige tillatelser er innhentet og hva disse går ut på.⁸⁹

På den annen side følger det videre av oppgaven til den ansvarlig utførende at han i utgangspunktet skal gjennomføre utførelsen i samsvar med prosjekteringsgrunnlaget.

Men han har likevel et generelt aktsomhetsansvar, slik at dersom han ser eller burde ha sett at prosjekteringen ikke er i samsvar med rammetillatelsen, vil han ha en opplysningsplikt til ansvarlig søker eller tiltakshaver.⁹⁰

Her kan det tenkes at prosjekteringsfeilen ligger i at den ikke er i samsvar med rammetillatelsen, for eksempel at rammetillatelsen setter grensen på fem meters høyde på en gavlvegg, men det er tilleggsprosjektert med en halvmeter ekstra. I et slikt tilfelle må man se hen til entreprenørens aktsomhetsansvar, og spørsmålet blir om han ser eller burde ha sett at prosjekteringen er feil.

Med ”ser” menes at han vil ha en varslingsplikt begrenset til feil som er åpenbare. Her foreligger det ingen annen plikt til å varsle enn det som springer entreprenøren i øynene. Imidlertid skjerpes entreprenørens aktsomhetsplikt ved også å gjelde forhold som han ”burde ha oppdaget” ved gjennomgangen av byggherrens leveranser av dokumentasjon etc.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 124

⁹⁰ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 123-124

Dette innebærer at entreprenøren vil være pålagt en aktsomhetsplikt i forhold til prosjekteringsgrunnlaget.

Det følger av juridisk teori hvilke momenter som vil kunne bli vektlagt ved en vurdering av ”burde ha oppdaget” av den ansvarlig utførende:

” Aktsomhetsnormen til entreprenøren må bero på hvilken fagkunnskap man i alminnelighet kan stille til den aktuelle type entreprenør. Normalt kan det ikke stilles krav om at entreprenør skal ha kunnskap om svikt i konstruksjonsberegninger. Det vil således ikke kunne stilles krav til at entreprenøren for eksempel oppdager helt klare feil ved statiske beregninger. Dette ligger utenfor hans fagområde og han har ingen forpliktelser til å engasjere noen til å foreta kontroll av den type beregninger. Noe annet er det selvfølgelig dersom han av en eller annen grunn skulle få mistanke til at noe er galt”.⁹¹

Som det fremgår av det ovennevnte vil aktsomhetsnormen for den ansvarlig utførende være forskjellig avhengig av hvilken norm man opererer innenfor. I en utførelsesentreprise, etter standardkontrakten, er det kun ett krav om et regulært aktsomhetskrav, mens etter en totalentreprise, foreligger det et skjerpet aktsomhetskrav. Et tilsvarende skjerpet krav foreligger også etter plan- og bygningsloven, og vil gjelde både ved en utførelses- og totalentreprise.

5.3 Forholdet til rammetillatelsen; entreprenørens undersøkelsesplikt

En problemstilling som kan oppstå, er når byggherren utsteder en endringsordre til entreprenøren. Spørsmålet er hvorvidt denne har noen plikt til å påse at endringsordren ligger innenfor rammetillatelsens grenser.

⁹¹ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 335

5.3.1 NS 8405

Det følger av pkt 19.6 at byggherren skal fremskaffede nødvendige tillatelser som etter lov eller forskrifter skal utstedes til han eller hans kontraktshjelpere, som for eksempel rammetillatelse.

Det følger videre av pkt 19.1 at byggherren skal sørge for medvirkning og leveranser som følger av pkt 19.2 til 19.7. Dette kan være tegninger, beskrivelser og beregninger, deriblant offentlige tillatelser. Det følger av pkt 21.1 at entreprenøren skal gjennomgå byggherrens leveranser ved sin produksjonsplanlegging. Av bestemmelsens andre ledd fremkommer det at entreprenøren har en varslingsplikt overfor byggherre hvis han blir ”oppmerksom” på at kontraktsdokumentene inneholder feil eller er ufullstendige. Et fravær av dekkende rammetillatelse for endringen vil ligge innenfor bestemmelsens virkeområde.

En naturlig språklig forståelse av ”oppmerksom” er at entreprenøren skal være aktsom ved gjennomgangen av dokumentene. Her vil det også være naturlig å se hen til entreprenørens faglige kompetanse og endringens karakter. Hvis endringen ligger i kjernen av rammetillatsen, vil det normalt være lett å bli oppmerksom på at endringen vil virke inn på rammetillatsen. Men noen undersøkelsesplikt har entreprenøren ikke. Det er byggherren som skal skaffe offentlige tillatelser etter pkt 19.6. NS 8405 ble endret i 2008. I den forrige utgaven var det et skjerpet aktsomhetskrav i tredje ledd, men dette er fjernet i 2008-utgaven av standarden.

Hvis entreprenøren ved en normal aktsom gjennomgang av dokumentene ikke ser feil ved endringsordren i forhold til rammetillatsen, har han ingen varslingsplikt overfor byggherren. Men i NS 8405 har dette kun betydning i relasjon til vederlaget, og ikke til ansvaret overfor offentlig myndighet.

5.3.2 NS 8407

Det følger av pkt 16.3 at ”hvis ikke annet er avtalt” skal totalentreprenøren ”forestå søknad om tillatelser fra offentlig myndighet til å utføre og ta i bruk kontraktsgjenstanden”.

En rammetillatelse vil ligge innenfor hva som følger av ”tillatelser fra offentlig myndighet”. Således har han kunnskap om hva rammetillatelsen inneholder, og det er nærliggende at han undersøker at endringen ligger innenfor rammetillatelsen.

Også der det er avtalt at dette ansvaret skal ligge hos byggherren, følger av pkt 25.1.1 at totalentreprenøren har en undersøkelsesplikt. Han skal undersøke ”byggherrens ytelser og andre forhold byggherren har risikoen for”. En endringsordre vil ligge innenfor bestemmelsens virkeområde.

Som det fremgår av det overnevnte, vil aktsomhetsnormen for den ansvarlig utførende være forskjellig avhengig av hvilken norm man er innenfor. I en utførelsesentreprise, etter standardkontrakten, er det kun et regulært aktsomhetskrav. Mens etter en totalentreprise, etter standardkontrakten, foreligger det et skjerpet aktsomhetskrav. Et tilsvarende skjerpet krav foreligger også etter plan- og bygningsloven og vil gjelde ved både en utførelses- og totalentreprise.

6 Endringer som følge av pålegg fra offentlig myndighet

6.1.1 Generelt

Det følger av § 32-2 at hvis det er utført arbeid i strid med lov eller forskrift, kan myndighetene gi ”den ansvarlige” pålegg om retting. Etter en naturlig forståelse av uttrykket ”den ansvarlige” forstås at det kan være enten tiltakshaver, ansvarlig utførende, ansvarlig prosjekterende, ansvarlig søker eller ansvarlig kontrollerende.

Forarbeidene gir en nærmere definisjon på hvem som kan være ”den ansvarlige” og dermed mottaker av et slikt pålegg. Det vises også til § 31-2 og denne bestemmelsens forarbeider. Denne bestemmelsen utvider ansvarssubjektene til også å omfatte, eier, leier og fester eller andre som kan ha et ansvar for bygget.⁹²

En av hovedgrunnene bak lovendringen i 1997 var at ”Ansvar i utgangspunktet skal legges hos den aktør som har reell mulighet til å påse at feil ikke oppstår”.⁹³

En viktig grunn til dette var at man ville få mer samsvar mellom det offentligrettslige ansvar og det kontraktsrettlige ansvar. Dette er allikevel ikke mer enn et utgangspunkt, da ansvarsoppgavene etter loven vil ha forrang foran de kontraktsrettlige ansvarsregler.

Således vil reglene i Pbl §§ 23-4, 23-5, 23-6 og 23-7 bestemme hvem som skal ha ansvar for hva innenfor et arbeid.⁹⁴

Det er i den forbindelse viktig at ansvarsrettene er utformet i samsvar med kontraktene, slik at det ikke rettes et pålegg til den ansvarlig, som han ikke har et kontraktsrettslig ansvar for. Det følger av § 23-6 at den ansvarlige utførende har ”ansvar for at tiltaket utføres på grunnlag av og i samsvar med prosjekteringen, og i samsvar med krav eller tillatelser til utførelse gitt i eller i medhold av denne lov”.

Det videre spørsmålet er om et pålegg fra bygningsmyndigheten etter Pbl § 32-3 til den utførende eller prosjekterende kan anses som en utførelsesplikt for den ansvarlige.

Reglene i NS 8405 og NS 8407 er identiske ved et pålegg fra offentlig myndighet og vil behandles samlet i det følgende.

⁹² Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 353 og 350

⁹³ Ot.prp. nr. 39. (1993-1994) side 38

⁹⁴ Ot.prp. nr 39. (1993-1994) side 173-174

6.1.2 Har den ansvarlig utførende en utførelsesplikt ved offentligrettslig pålegg etter Pbl § 32-3?

Dette utløser igjen tre spørsmål. For det første om det foreligger det en endringsordre, for det andre om det foreligger en varslingsplikt og til sist om det foreligger en tapsbegrensningsplikt.

Det første spørsmålet er hvorvidt et offentligrettslig pålegg innebærer en endringsordre.

Etter tradisjonell entreprise er entreprenøren normalt bundet av byggherrens prosjektering, også der dette vil være i strid med loven. For eksempel vil dette kunne skje der den prosjekterende prosjekterer i strid med loven, og den ansvarlige utførende ikke avdekker dette ved en aktsom gjennomgang av prosjektmaterialet og utfører på bakgrunn av dette, hvorefter kommunen pålegger entreprenøren å rette.⁹⁵

Rent teoretisk kan en entreprenør risikere å bli pålagt å rette en utførelse som for eksempel skyldes en mangelfull prosjektering som byggherren har risikoen for. Således pålegges entreprenøren å utføre et arbeid som ligger utenfor hans kontraktsforpliktelse av plan- og bygningsmyndighetene.⁹⁶

Hvis det ikke fremgår at feilen ligger i prosjekteringen, vil kommunen kunne rette pålegget mot den ansvarlig utførende.

Hvem som er adressat for pålegget, kan ha betydning for vederlaget og for følgene av pålegget. Hvis pålegget rettes mot ansvarlig prosjekterende eller tiltakshaver, vil tiltakshaver måtte utstede en endringsordre for å få pålegget gjennomført.

Hvis pålegget derimot blir rettet mot entreprenøren, oppstår spørsmålet om et pålegg vil kunne tolkes som en fullmakt eller et selvstendig rettsgrunnlag for en endringsordre?

⁹⁵ Barbo ”kontraktsomlegging i entrepriseforhold” side 471

⁹⁶ Barbo ”kontraktsomlegging i entrepriseforhold” side 471

Det følger av pkt 23.1 at entreprenøren er forpliktet til å utføre et pålegg om en ytelse, selv om det ikke skjer i form av en endringsordre, og selv om han mener pålegget innebærer en endring. Problemet er at et offentligrettslig pålegg ikke hører inn under fullmaktsforholdene som bestemmelsen oppstiller i litra a-c.

Dette trekker i retning av at et offentligrettslig pålegg ikke skal oppfattes som en endringsordre.

Spørsmålet er drøftet i juridisk teori, men det foreligger ikke noen enhetlig oppfatning av hvorvidt et pålegg fra offentlig myndighet skal regnes som en endringsordre eller ikke.

En oppfatning er at det ikke umiddelbart oppstår en plikt til å utføre et pålegg fra offentlig myndighet. Dette gjelder spesielt i de tilfellene der endringene er særlig kostnadskrevende, av inngripende art eller hvis det foreligger andre handlingsalternativer som er mindre kostnadskrevende. Da vil lojalitetsplikten tilsi at byggherren bør få uttale seg før pålegget gjennomføres.⁹⁷

En annen oppfatning som er fremmet, er at det offentligrettslige pålegget er et selvstendig rettgrunnlag for en endringsordre, og at det ikke er nødvendig at byggherren utsteder en endringsordre for at entreprenøren kan utføre endringen. Det blir hevdet at det i et slikt tilfelle foreligger et alternativt rettsgrunnlag, en såkalt ”presumert endring”. Dette får den konsekvens at entreprenøren kan utføre endringen uten at byggherren utsteder en endringsordre.⁹⁸

En tredje oppfatning er noe mer moderert i spørsmålet om et pålegg umiddelbart kan oppfattes som en endringsordre. Hvis et varsel om pålegg sendes til den ansvarlig utførende, vil han i utgangspunktet ha en plikt til å varsle byggherren. Dette selv om

⁹⁷ Kolrud mfl. ”NS 8405 Kommentirutgave” side 237

⁹⁸ Barbo ”kontraktsomlegging i entrepriseforhold” side 472

pålegget er rettet direkte mot den ansvarlig utførende og pålegget til sist rettes mot den ansvarlig utførende. Det vil i forholdet mellom den ansvarlig utførende og byggherren være byggherren som skal ta stilling til endringen hvis det reelt sett innebærer en endring av prosjektet eller de beskrevne arbeider. Hvis det offentlige og byggherren ikke blir enige og pålegget igjen rettes til den ansvarlig utførende, vil han være forpliktet til å utføre arbeidene.⁹⁹

Det som omtales som en ”presumert endring” vil materielt sett ligge innenfor det NS 8405 omtaler som irregulær endringsordre etter pkt 23.1. Men det foreligger i utgangspunktet ikke noe fullmaktsforhold som bestemmelsen oppstiller. Dette reiser spørsmålet hvorvidt et pålegg fra kommunen vil gi pålegget et selvstendig fullmaktsgrunnlag ut fra NS 8405 pkt 23.1, eller om det vil sidestilles med reglene om irregulær endringsordre?

Reelle hensyn tilsier at entreprenøren skal kunne gjennomføre en retting, men at han bør varsle byggherren, da det er han som skal bestemme hvordan bygget skal utformes. Hvis entreprenøren ikke får gjennomført en retting, vil det kunne få konsekvenser for hans ansvarsrett og dermed fremstå som en lite heldig løsning.

På den andre siden er det tiltakshavers bygg, og det kan reises spørsmål hvorvidt kommunen kan kreve at entreprenøren skal utføre arbeid på en annen manns eiendom. Her vil legalitetsprinsippet sette en grense for hvor langt kommunen kan gå.

6.2 Entreprenørens adgang til å rette, etter at et pålegg nektes utført av byggherren

Generelt

Dette spørsmål må igjen deles inn i to typetilfeller. Dette fordi det vil få to vidt forskjellige rettsvirkninger for entreprenøren. Spørsmålet blir for det første hvorvidt pålegget rettes mot entreprenøren for noe som ennå ikke er utført, for eksempel pålegg om en endret

⁹⁹ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 317

brannsikring. Og for det andre om pålegget blir rettet mot entreprenøren for et rettekraft for noe som allerede er utført, for eksempel en feil konstruksjon.

6.2.1 Pålegg om endring før utførelse

Hvis entreprenøren mottar et pålegg etter Pbl § 32-3 om endring før gjennomføring og byggherren nekter entreprenøren å gjennomføre pålegget, kan det oppstå problemer.

Som det fremgår av Pbl § 23-6 skal entreprenøren i utgangspunktet utføre arbeidet etter prosjekteringsgrunnlaget og er således bundet av dette. Men det fremgår videre av Pbl § 23-6 at han samtidig er bundet av at tiltaket utføres i medhold av loven.

Hvis entreprenøren er adressat for pålegget, er han således forpliktet til å utføre dette. Men han kan ikke utføre et pålegg på en annen manns eiendom hvis han motsetter seg dette. Ifølge Marthinussen er det kun en adekvat reaksjon i en slik situasjon:

”... å frasi seg ansvarsretten som utførende”.¹⁰⁰

Entreprenøren skal i utgangspunktet utføre i henhold til kontrakten jf NS 8405 pkt 11.1. Hvis man ikke oppfyller dette, foreligger det kontraktsbrudd. Men det følger av pkt 12.1 andre ledd at entreprenøren har rett til å nekte å utføre arbeid som vil være i strid med offentligrettslige krav. Her vil det med andre ord ikke foreligge et kontraktsmislighold fra entreprenørens side. Ved å benytte seg av en fraskrivelse av ansvarsretten vil han også unngå at hans godkjenninger trekkes tilbake jf §§ 22-2 og 22-4.

Også reelle hensyn trekker i retning av at dette må kunne ses på som en fullgod løsning.

¹⁰⁰ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 317

6.2.2 Pålegg om endring etter utførelse

Derimot stiller saken seg annerledes hvis et pålegg kommer som følge av en uriktig utførelse. Hva grunnen til den uriktige utførelsen er, har i denne sammenheng ikke noen betydning. Det kan være som følge av en prosjekteringsfeil eller feil utførelse fra entreprenørens side.

Hvorvidt Marthinussens oppfatning vil kunne være en god løsning i dette tilfelle, vil bero på om entreprenøren kan fratre sin ansvarsrett med tilbakevirkende virkning (*ex tunc*) overfor kommunen. En slik adgang fremgår verken av loven eller forarbeidene. Der er derimot det motsatte syn vektlagt. Det fremgår av Pbl § 23-3 siste ledd første pkt at ”ansvarsrett opphører ved utstedelse av ferdigattest”. Det følger videre av andre pkt at kommunen kan pålegge den ansvarlig utførende en retteplikt fem år etter ferdigattest. Hvis han i dette tilfelle fratrer sin ansvarsrett, vil han fortsatt ha en retteplikt for det utførte, jf veiledningen til GOF (1997) side 35, som redegjør for følgende:

”et foretak kan når som helst frasi seg ansvarsretten eller byttes ut med et annet foretak. Foretaket er likevel bundet av det ansvar det har påtatt seg for de oppgavene som allerede er utført. For disse arbeidene kan foretaket ikke trekke tilbake ansvarsretten”.¹⁰¹

En mer effektivt virkemiddel i en slik situasjon kan være hvis entreprenøren kan benytte seg av detensjonsretten, som følger av den alminnelige obligasjonsretten. Det følger av kjøpsloven § 61 at dersom en part ikke oppfyller sine plikter, kan den andre part holde sin ytelse tilbake. På den annen side er entreprenøren bundet av kontrakten, og pkt 30.2 gir entreprenøren kun en detensjonsrett der det foreligge betalingsmislighold fra byggherrens side.

¹⁰¹ Innjord ”Plan og bygningsloven med kommentarer” side 697

Det fremgår av NS 8405 pkt 36.2 at entreprenøren har en rett og byggherren en tilsvarende plikt til å la entreprenøren rette.

Her legger jeg til grunn at mangelen kommer av forhold på entreprenørens side, og at han derfor har en rett til å rette mangelen. Det fremgår av pkt 39.1 at partene kan heve kontrakten ved vesentlig mislighold. Hvis byggherren nekter entreprenøren å rette, vil det foreligge et kontraktsbrudd fra byggherrens side. Hvorvidt kontraktsmisligholdet er vesentlig, vil måtte bero på en konkret helhetsvurdering. Men det følger av juridisk teori at entreprenøren vil kunne heve kontrakten hvis byggherren ikke medvirker etter pkt 19.¹⁰² Et moment her vil være at entreprenøren risikerer å miste sin godkjenning.

Men en slik løsning vil ikke forandre det faktum at entreprenøren fortsatt har et pålegg rettet mot seg.

Den mest hensiktsmessige løsningen på overnevnte problemstilling vil være at kommunen omgjør sitt vedtak om pålegget mot entreprenøren og heller retter pålegget direkte mot tiltakshaver. Også reelle hensyn trekker i den retningen. Hvis kommunen opprettholder rettekrevet mot entreprenøren, vil dette medføre at pålegget ikke blir etterkommet så lenge tiltakshaver nekter entreprenøren å rette. At kommunen har en slik mulighet, følger av § 32-3, som stadfester at kommunen kan rette et pålegg mot ”den ansvarlige”. Dette innbefatter også en tiltakshaver jf tidligere redegjørelser om ansvaret.

Hvis pålegget blir rettet mot byggherren, vil det ikke få noen konsekvenser for entreprenørens ansvarsrett. Og det vil igjen medføre at byggherren vil måtte utstede en endringsordre til entreprenøren etter pkt 22.3 hvis byggherren vil gjennomføre pålegget hvis ikke kontrakten er hevet.

¹⁰² Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 655

6.2.3 Varslingsplikt

Det følger av Pbl § 32-2 at den ansvarlige skal varsles før pålegg gis.

Dette reiser spørsmål om hvorvidt entreprenøren, når han mottar et slikt varsel eller pålegg, er forpliktet til å varsle byggherren.

Det følger av NS 8405 pkt 23.2 andre ledd at entreprenøren skal varsle byggherren hvis han mottar et pålegg som innebærer en endring.

Hvis det kommer et pålegg fra offentlig myndighet, blir spørsmålet hvorvidt det skal regnes som en endring. Hvis pålegget skyldes en mangelfull utførelse fra entreprenørens side, kan dette ikke anses som en endring. Hvis derimot entreprenøren mener at det foreligger en endring og han vil påberope seg dette, vil han måtte varsle etter pkt 23.2 andre ledd uten ugrunnet opphold, jf pkt 23.2 første ledd.

Bestemmelsen i pkt 23.2 har en preklusiv virkning: Hvis entreprenøren ikke varsler, taper han sin rett til et eventuelt tilleggskrav på vederlag.

Hvis han derimot varsler uten ugrunnet opphold, vil endringsordresystemet regulere oppgjøret mellom byggherre og den ansvarlige utførende.

6.3 Klage på vedtak om retting/pålegg

Det neste spørsmålet som et pålegg mot den ansvarlig utførende reiser, er hvorvidt det foreligger en tapsbegrensningsplikt for den ansvarlig utførende overfor byggherre.

Det følger av tapsbegrensningsplikten i NS 8405 pkt 25.6 andre ledd at entreprenøren med rimelige midler skal begrense og forebygge virkninger av et pålegg om endring. Hva som ligger i "rimelige midler" fremgår ikke av bestemmelsen, men at en klage vil kunne karakteriseres som rimelig middel, vil jeg anta.

Også lojalitetsplikten etter NS 8405 pkt 5 tilsier at entreprenøren skal begrense byggherrens tap som følge av et pålegg.

En slik tapsbegrensning vil kunne være å påklage vedtaket om retting/omgjøring, og det følger av Pbl § 1-9 at forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven. Det følger videre av § 32-3 at det ikke foreligger slike begrensninger i § 32-3. Dermed gjelder forvaltningslovens § 28 om klage på enkeltvedtak.

Et synspunkt i den juridiske teorien er at entreprenøren kan ha en plikt til å klage på et slikt vedtak - for eksempel hvis pålegget åpenbart er uriktig, eller hvis pålegget er grunnet på feil grunnlag. Også entreprenørens lojalitetsplikt vil kunne arte seg som en plikt til å begrense byggherrens økte kostnader. Det kan få den konsekvens at entreprenøren ikke kan påberope seg pålegget som en endring med mindre han har påklaget vedtaket.¹⁰³

Et annet synspunkt er at entreprenøren ikke har noen plikt til å vurdere hvorvidt det offentlige har noen hjemmel for et slikt pålegg. Dette selv om pålegget ligger innenfor hans ansvarsrett.¹⁰⁴

Andre forfattere av juridisk teori har ikke direkte tatt stilling til spørsmålet, men hevder at entreprenøren er forpliktet til å holde kostnadene nede ved endringsarbeid.¹⁰⁵

Dette kan tolkes slik at hvis en klage kan begrense eller forebygge kostnadene, påligger det entreprenøren en plikt til å klage på vedtaket. Også tapsbegrensningsplikten i standardkontraktene og lojalitetsbetraktninger trekker i retning av at entreprenøren er forpliktet til å påklage et pålegg hvis det er adressert til entreprenøren. Men byggherren vil måtte ta kostnaden av et slikt pålegg. Også reelle hensyn trekker i den samme retningen.

¹⁰³ Barbo ”kontraktsomlegging i entrepriseforhold” side 472

¹⁰⁴ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 317

¹⁰⁵ Kolrud mfl. ”NS 8405 Kommentartutgave” side 237

6.4 Pålegg ved tiltakshavers insolvens

Her vil jeg se på en tenkt situasjon der pålegget først rettes til entreprenøren, og der entreprenøren ikke har mottatt vederlag for allerede utførte arbeider. Deretter vil jeg se på en situasjon der et pålegg rettes til byggherre/tiltakshaver.

Tiltakshaver er insolvent og blir slått konkurs.

Konkursboet velger å ikke tre inn i avtalen etter dekningslovens § 7-3 første ledd.

Spørsmålet blir således om kommunen kan rette et pålegg om retting til entreprenøren?

Utgangspunktet følger av Pbl § 32-3 første ledd at kommunen kan gi ”den ansvarlige pålegg”. Det følger av dekningslovens § 7-2 første ledd at entreprenøren kan holde sin ytelse tilbake når det er klart at skyldneren mangler midler for å oppfylle sin del av avtalen. Hvis pålegget er en følge av at arbeidet ikke er oppfylt i samsvar med kontrakten, vil arbeidet måtte anses som mangelfullt, og rettingen vil ikke kunne ses på som en ytelse i dekningslovens forstand.

Etter plan- og bygningsloven er det klart at entreprenøren må rette den feilaktige utførelsen når det er hans ansvar. Eventuelle tidligere krav om vederlag må da behandles som et dividendekrav etter dekningsloven.

Hvis det derimot er et endringskrav fra kommunen som vil medføre at entreprenøren vil måtte erlegge en ytelse, kan entreprenøren nekte å utføre i medhold av dekningslovens § 7-2.

Dersom entreprenøren har foretatt en aktsom gjennomgang av prosjekteringsgrunnlaget opp mot rammetillatelsen og igangsetningstillatelsen før utførelsen, og det viser seg at det er byggherren/tiltakshaver som er adressat for pålegget, vil det være uklart hvordan pålegget skal gjennomføres.

Det følger av Pbl § 32-3 siste ledd at kommunen kan tinglyse et pålegg som en heftelse på den aktuelle eiendommen. Forarbeidene presiserer at en slik adgang er begrunnet i at man vil unngå en dobbelt behandling, for eksempel ny varsling ved eierskifte på eiendommen.¹⁰⁶

Verken loven eller forarbeidene behandler spørsmål knyttet til tiltakshavers insolvens. Spørsmålet blir således hvorvidt kommunen vil kunne ha adgang til å tinglyse et pålegg rettet tiltakshaver der tiltakshaver er konkurs.

På den annen side vil det kunne oppstå problemer der tiltakshaver kun var en leietaker på en annen manns eiendom.

7 Reklamasjons og påleggsfrister

7.1 Generelt

Som redegjort for over er fristen for offentlige pålegg fem år etter ferdigattest, mens det kontraktsrettslig er fem år fra avsluttet overtakelsesforretning. Dette kan skape en skjevhet mellom reklamasjonsfristen og påleggsfristen ved at det for eksempel benyttes en midlertidig brukstillatelse.

Ved utarbeidelse av den nye plan- og bygningsloven var en av intensjonene å koordinere de to forskjellige overtakelsesformene. Det presiseres i forarbeidene at det kun bør være ett endelig skjæringstidspunkt for en ferdigstilling. I dag foreligger det som regel to, ett ved midlertidig brukstillatelse og ett ved ferdigattest. Heretter skal kommunene kreve ferdigattest for tiltak som krever det. Og det oppfordres til at kontraktspartene legger

¹⁰⁶ Ot.prp. nr 45 (2007-2008) side 353-354

ferdigattesten til grunn ved en overtakelse, i stedet for en midlertidig brukstillatelse. som det ofte gjøres i dag.¹⁰⁷

Etter NS 8405 pkt 32.7 kan byggherren kreve en delovertakelse.

Etter pkt 32.6 litra d begynner således den absolutte reklamasjonsfristen å løpe for det overleverte.

Men det kan gå noe tid før hele prosjektet ferdigstilles, og ferdigattest etter Pbl § 23-3 andre ledd, foreligger. I et tenkt tilfelle vil dette kunne føre til at reklamasjonsretten etter det kontraktsrettslige er prekludert, mens det fortsatt kan foreligge en retteplikt for entreprenøren etter de offentligrettslige reglene.

Forarbeidene presiserer nærmere hva som menes med at ansvaret opphører ved ferdigattesten. Det følger av forarbeidene at dette er tidspunktet da den direkte forbindelsen mellom det ansvarlige foretak og kommunen opphører, og man anser at byggesaken er avsluttet.

Hvis det kommer et pålegg etter ferdigattest, skal den normalt utstedes til tiltakshaver/eier. Denne må da eventuelt forfølge ansvaret på et privatrettslig grunnlag overfor de ansvarlige foretak i henhold til deres kontrakt. Hvis det skulle vise seg at det foreligger feil og mangler som har en direkte og alvorlig sammenheng med ansvaret, kan kommunen rette pålegget direkte mot det ansvarlige foretak uten å gå veien om tiltakshaver. Denne muligheten gjelder også tiltakshavers ansvar.

Slik reglene var i plan- og bygningsloven av 1985, var det ikke noen klar foreldelsesfrist for et slikt pålegg. Den femårige fristen som nå er innført, skal bringe det offentligrettslige ansvaret i samsvar med entreprisekontraktene. Men det presiseres at pålegget må være gitt innen fem år, utførelsen kan skje senere. En slik femårsfrist vil kunne bidra til at det blir mer aktuelt for egne befaringer før fristen utløper, eller at kommunen deltar på befaringer for avslutningen av det privatrettslige ansvaret. Femårsfristen vil også medvirke til at de ansvarlige foretakene ser viktigheten av at det utstedes ferdigattest etter § 21-10.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr 45 (2007-2008) side 326

Det presiseres videre at en ferdigattest er et enkeltvedtak, og at det således kan trekkes tilbake¹⁰⁸ etter forvaltningslovens § 35 hvis den er utstedet på feil grunnlag.¹⁰⁹

Hvis et pålegg rettes direkte til et ansvarlig foretak, må det foreligge ”direkte og alvorlige mangler som har sammenheng med ansvaret”. Hva som ligger i ”direkte og alvorlige mangler”, fremgår ikke av forarbeidene.

En naturlig forståelse av ordlyden trekker i retning av at manglene må kunne manifestere seg i forhold til helse, miljø og sikkerhet for at de skal kunne påberopes.

Det følger av NS 8405 pkt 36.8 at uansett reklamasjonsfristene i pkt 36.6 og 36.7, kan byggherren gjøre gjeldende mangler som har sin årsak i ”forsett eller grov uaktsomhet” hos entreprenøren.

Det følger av juridisk teori at det med forsett menes at det i utgangspunktet er utført med viten og vilje eller med en bevisst hensikt. Dersom for eksempel entreprenøren ikke følger en uttrykkelig beskrivelse, men tar et bevisst valg for å fravike denne til skade for byggherren, vil forholdet klart falle under forsett. Med grov uaktsomhet menes at det må foreligge et klart klandreverdige forhold.¹¹⁰ Av rettspraksis fremgår det at grov uaktsomhet foreligger når:

”...arbeidet er utført klart i strid med kontrakten, og utførelsen er sterkt klandreverdige. Det er grunn til å klandre de som utførte arbeidene vesentlig mer enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet”.¹¹¹

¹⁰⁸ se pkt 7.2.3

¹⁰⁹ Ot.prp. Nr. 45 (2007-2008) side 329

¹¹⁰ Marthinussen ”NS 8405 med kommentarer” side 605

¹¹¹ LH-2003-00291

Selv med lovgivers ønske om en mest mulig harmoni mellom de offentligrettslige påleggsfristene og de privatrettslige reklamasjonsreglene, skal det mer til for å kunne påberope seg reglene i standardkontraktene enn i de offentligrettslige reglene.

7.2 Foreligger det en utvidet påleggsfrist?

Ut fra det ovennevnte er det tre mulige situasjoner hvor det kan bli tale om en utvidet påleggsfrist, riktignok fra kommunens side og i utgangspunktet ikke fra byggherre.

Det kan for det første være i de helt ordinære overtakelsesprosessene, for det andre der det skjer en deloverlevering og til sist der kommunen trekker tilbake en ferdigattest.

7.2.1 Ordinær overlevering

Som redegjort for ovenfor skjer en overtakelse ved en overtakelsesforretning etter NS 8405 pkt 32.1, og byggherren overtar tiltaket på den siste dagen i overtakelsesforretningen, jf pkt 32.6 andre ledd. Etter Pbl skjer det ved ferdigattest, jf § 21-10 første ledd første pkt.

Hvis en overtakelsesforretning og ferdigattest skjer samlet, vil det ikke oppstå noen problemer. Men utgangspunktet for å utstede en ferdigattest er at det er foretatt en sluttkontroll av tiltaket. En slik sluttkontroll vil ikke kunne utføres før en sluttbefaring, jf SAK10 § 12-6 første ledd jf § 1-2 litra i nr 2.

Det følger videre av Pbl § 21-7 fjerde ledd at kommunen skal utstede ferdigattest innen tre uker etter at kravet er mottatt og nødvendig dokumentasjon foreligger.

Det vil med andre ord kunne gå opptil tre uker etter en overtakelse etter NS 8405, før det foreligger en ferdigattest og kommunens femårsfrist begynner å løpe.

Det følger videre av Pbl § 21-7 fjerde ledd andre pkt at dersom det ikke er utstedet en ferdigattest innen tre uker, kan bygget tas i bruk.

Dette reiser spørsmålet om når kommunens femårsfrist begynner å løpe. Dette er ikke kommentert verken i loven eller forarbeider, og kan skape en usikkerhet for de ansvarlige foretak. Reelle hensyn trekker i retningen av at fristen da må settes ved utløpet av treukersfristen, slik det ville vært ved en ferdigattest.

Det ovennevnte viser at femårsfristen begynner å løpe på ulike tidspunkter etter standardkontraktene og etter Pbl.

Det kan med andre ord foreligge en utvidet påleggsfrist for det offentlige kontra fristen etter standardkontraktene.

7.2.2 Delovertakelse

Som nevnt over avsluttes et tiltak med ferdigattest. Med tiltak menes det som ligger innenfor den gitte rammetillatelse. Man kan for eksempel søke om rammetillatelse for tre boligblokker i en rammetillatelse, eller man kan søke om tre rammetillatelser, en for hver boligblokk.

Det følger av NS 8405 pkt 32.7 at byggherren har rett til delovertakelse og at en slik overtakelse skal skje ved en overtakelsesforretning etter pkt 32.3. Dette resulterer i at femårsfristen begynner å løpe fra den siste dagen i overtakelsesforretningen.

Etter Pbl er det ingen tilsvarende regler for delovertakelse. Det er kun ved ferdigattest etter § 21-10 at tiltaket blir avsluttet og etter § 23-3 at ansvaret til de ansvarlige opphører.

I det følgende vil jeg legge til grunn et tenk tilfelle som et eksempel på problemer som kan oppstå ved at de privatrettslige og offentlige regler om når femårsfristen begynner å løpe, ikke harmonerer.

Et slikt tilfelle kan for eksempel oppstå der et prosjekt skal utføres innenfor én rammetillatelse. Entreprenøren skal for eksempel bygge en skole med en flerbrukshall. Skolen har en byggetid på ett år og blir ferdig og overtas med en midletidig brukstillatelse, mens flerbrukshallen blir forsinket med seks måneder. Her kan det tenkes at det er en

elektroentreprenør som er ferdig med arbeidet på skolen, men som ikke skal utføre arbeid på flerbrukshallen. Reklamasjonsretten begynner således å løpe ved avslutningen av arbeidet på skolen jf NS 8405 pkt 36.7. Ferdigattest utstedes først når flerbrukshallen er ferdig seks måneder senere, og fra dette tidspunkt begynner femårsfristen til kommunen å løpe. Her vil man få 5 ½ års påleggsfrist overfor elektroentreprenøren.

Dette kan få store økonomiske konsekvenser for elektroentreprenøren, da han kan få en retteplikt etter ett pålegg fra kommunen, mens reklamasjonsretten etter NS 8405 er prekludert.

Hvis feilen ligger hos den ansvarlige utførende, vil også byggherren nyte godt av kommunens pålegg mot den ansvarlige utførende, da byggherrens reklamasjonsrett etter NS 8405 har utløpt. Dette vil igjen kunne reise spørsmål om det ansvarlige foretak har et krav på erstatning eller vederlag for de arbeidene som må rettes i tiltaket. Det foreligger med andre ord en berikelse for byggherren.

Hvordan de økonomiske konsekvensene skal løses er noe usikkert, men reelle hensyn trekker i retning av at byggherren da vil måtte betale for den urettmessige berikelse som han i utgangspunktet ikke har krav på.

Tidligere var det ikke noen foreldelsesfrist for pålegg fra det offentlige, men som nevnt over fremgår det at lovgiver vil harmonere kommunens frist for pålegg med det privatrettslige ansvaret etter standardkontraktene. Men som det fremgår har denne harmoneringen ikke vært helt vellykket.

Også i et slikt tenkt tilfellet foreligger det en utvidet reklamasjonstid for kommunen, selv om lovgiver i utgangspunktet har hatt en intensjon om det motsatte.

7.2.3 Tilbaketrekning av ferdigattest

Etter at ferdigattest er utstedt og femårsfristen ute, er utgangspunktet at kommunen ikke kan rette pålegg mot den ansvarlige. Forarbeidene presiserer at dette ikke er ment som en direkte regel om foreldelse av ansvaret.¹¹²

En ferdigattest er et enkeltvedtak i forvaltningsmessig forstand, og kommunen kan omgjøre vedtaket etter forvaltningslovens § 35 første ledd litra c. Det følger av departementets tolkning av loven at:

”En relevant ugyldighetsgrunn kan være at utstedelsen av ferdigattest er basert på feil faktum, for eksempel feil sluttdokumentasjon”.¹¹³

Hvis kommunen trekker tilbake en ferdigattest, blir spørsmålet da hvordan dette vil påvirke kommunens rett til å rette pålegg mot den ansvarlige.

En tilsvarende, men riktignok ikke identisk regel finner vi i NS 8405 pkt 36.7, som omhandler ny femårsfrist etter utbedring av mangel. Ifølge regelen gjelder det en ny femårsfrist for den rettede delen, dog ikke lenger enn et år ut over den opprinnelige femårsfristen. Dermed kan den totale reklamasjonsfristen bli seks år.

I Pbl finnes ikke noen tilsvarende regel. Departementet presiserer i et høringsnotat at de legger følgende standpunkt til grunn for spørsmålet:

”vårt standpunkt er således at det etableres en ny femårsfrist dersom en ferdigattest trekkes tilbake for så å bli gitt på nytt en tid senere”.¹¹⁴

¹¹² Ot.prp. nr. 45. (2007-2008) side 119

¹¹³ Høringsnotat sak 11/752-2 NIS

¹¹⁴ Høringsnotat sak 11/752-2 NIS

Dette innebærer at det ikke er noen foreldelsesregel for ansvaret. Det fremgår heller ikke av forarbeidene eller loven når kommunens rett til å trekke tilbake en ferdigattest opphører. Regelen om omgjøring etter forvaltningslovens § 35 første ledd litra c er omgjøring uten klage. Her kan tenkes at byggherren blir klar over forhold som entreprenøren har utført i strid med for eksempel kontrakten og loven, og hans reklamasjons rett er prekludert. Han har med andre ord ikke noen reklamasjonsmulighet overfor entreprenøren, men det følger av juridisk teori at:

”en part som ikke klager, eller som ”klager” uten å ha klagerett, har ikke krav på at omgjøringsspørsmålet blir behandlet. Men det hender at en slik anmodning likevel blir etterkommet –for eksempel fordi han klarer å overbevise vedtaksorganet om at de har tatt feil. I slike tilfelle er det ikke helt sant at omgjøringen skjer ”uten klage”. Men siden det ikke er klagereglene som gir kompetanse til å omgjøre, er dette uttrykket likevel å foretrekke”.¹¹⁵

Således kan byggherre påvirke reklamasjonsreglene, men det er lite trolig, siden en tilbaketrekning av ferdigattest vil kunne innebære at byggherren ikke får bruke bygget.

¹¹⁵ Eckhoff, Smith ”forvaltningsrett” side 292

8 Litteraturliste og kilder

Bøker

Sandvik, Tore "Entreprenørrisikoen" Oslo 1966

Sandvik, Tore "kommentarer til NS 3401" Bergen 1977

Kolrud Helge, Jakob mfl. Oslo 2004

Innjord, Frode A. Plan og bygningsloven med kommentarer Oslo 2010

Hagstrøm, Viggo "Entrepriserett utvalgte emner" Oslo 1997

Hagstrøm, Viggo "obligasjonsrett" Oslo 2004

Pedersen, O.J. mfl. "plan og bygningsrett" Oslo 2000

Eckhoff, Torstein "Rettskildelære" 5 utgave ved Jan Helgesen Oslo 2000

Tyrøn, Carl Wilhelm "Plan og bygningsloven, kommentarutgave" Bærum 2010

Torstein Eckhoff, Torstein. Smith, Eivind "forvaltningsrett" Oslo 2006

Forarbeider

Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan og bygningsloven).

Nou 2005: 12 Mer effektiv bygningslovgivning II

Ot.prp. nr. 39. (1993-1994) Om lov om endringer i Plan- og bygningsloven

Innst.O. nr. 58. (1995-1996) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endring i plan og bygningsloven m.m

Ot.prp. nr. 44 (1995-1996) Om lov om endringer i plan og bygningsloven m.m

Høringsuttalelser

Høringsnotat til byggesaksforskriften av 23. Juni. 2009

Høringsnotat KRD sak 06/2036

Høringsnotat KRD sak 11/752-2 NIS

Kilder fra internett

www.be.no rundskriv om ikraftsetting

www.be.no veiledning til byggesaksforskriften

www.be.no veiledning til byggesaksforskriften (2003)

Norsk standardkontrakter

NS 8405 Norsk bygge og anleggskontrakt.

NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

Rettsavgjørelser

Rt 1991-733

9 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/skrive-referere/hvordan-referere/>